

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE

DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 21 Janvier 1909, à 1 h. 1/2

PAR

Pierre DE BUSSAC

Avocat près le Tribunal Civil de Versailles

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur
Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
 { *GARÇON, professeur*

PARIS V.

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

1909

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE

DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 21 Janvier 1909, à 1 h. 1/2

PAR

Pierre DE BUSSAC

Avocat près le Tribunal Civil de Versailles



Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur

Suffragants { *MM. CHAVEGRIN, professeur*
GARÇON, professeur

PARIS V.

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, Rue Soufflot, et 12, Rue Toullier

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

A MONSIEUR THÉODORE RUDELLE

Ancien Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Versailles
Député et Conseiller Général de Seine-et-Oise

Hommage respectueux.

BIBLIOGRAPHIE

LEFEBVRE (Ch.). — Histoire du Droit matrimonial français :
Introduction générale, éd. 1906.

GLASSON. — Le Mariage et le Divorce.

Bulletin de la Société de Législation comparée.

NAQUET (A.). — La Loi sur le Divorce.

MARGUERITTE (P. et V.). — L'Élargissement du Divorce, 1902.
Moniteur Universel et Journal Officiel.

LEHR (Ernest). — Le Mariage, la Séparation de Corps et le
Divorce dans les principaux Pays civilisés.

COULON (H.). — Le Divorce par Consentement mutuel, sa
Nécessité, sa Moralité, suivi d'un Projet de Loi,
1902.

Proposition de Loi Morlot, n° 2863. Ch. des députés, ses-
sion 1905.

Proposition de Loi Martin. Rapport Viollette, n° 749. Ch.
des députés, session 1907.

NECKER (M^{me}). — Réflexions sur le Divorce, éd. Jouaust,
1881.

RIBEYROLLES (A.). — Du Divorce par Consentement mutuel

et de la Répudiation en Droit français. Thèse de Paris, 1904.

FENET. — Travaux préparatoires du Code civil.

MARTIN (O.). — La Crise du Mariage dans la Législation intermédiaire 1789-1804. Thèse de Paris, 1901.

CHARRIÈRE. — Le Divorce par Consentement mutuel, ou Divorce pour Cause grave non divulguée, et le Divorce par la Volonté d'un Seul. Thèse de Paris, 1903.

Le Divorce par Consentement Mutuel

INTRODUCTION

De nombreux ouvrages ont déjà paru sur le sujet que nous nous proposons de traiter ici ; mais aucun jusqu'alors n'a circonscrit strictement la question si brûlante et qui passionne autant les esprits, du divorce par consentement mutuel.

Les articles de journaux, les brochures nombreuses, les romans, les pièces de théâtre ont discuté et discutent encore tous les jours la question du divorce, et, plus particulièrement, celle du divorce par consentement mutuel. Nous avons voulu nous restreindre à cette dernière ; nous avons voulu dans ce sujet fort étendu qu'est

la question du divorce, en prendre une partie seulement, et étudier la solution intermédiaire entre le divorce pour causes bien déterminées, et la répudiation confinant vers l'union libre ; aussi bien y a-t-il à cet égard une proposition de loi déjà déposée à la Chambre des députés, et la question sera d'ici peu probablement discutée. Il me paraît évident qu'une loi nouvelle, prochaine certainement, complétera en cette matière, la loi de 1884, en rappelant peut-être le Code de 1804.

Nous n'avons voulu en aucune façon discuter et commenter toutes les questions concernant le divorce, et si nous rappelons ici les quelques phrases de M^{me} Necker (1) qui eurent à leur époque un certain retentissement :

« On vient donc de la publier cette loi dangereuse, qui autorise et favorise le divorce ; ce n'était pas assez des divisions attachées à l'esprit de parti, il fallait encore disjoindre les époux, isoler les enfants, et combattre toutes les affections naturelles ; c'est cependant leur réunion qui forme la patrie et la protège ; ce sont les rameaux d'un arbre sacré, qu'on ne peut en séparer successivement, sans laisser sa tige chauve et déshonorée ».

1. *Réflexions sur le divorce par M^{me} Necker* publiées par M. de Lescure (éd. Jouaust).

Si nous rappelons, dis-je, ces phrases, c'est seulement pour dire, une fois pour toutes, que nous n'avons pas voulu discuter les avantages ou les inconvénients du divorce proprement dit, mais le considérer comme un fait acquis. Nous avons voulu y voir une institution absolument ancrée dans nos lois françaises, difficile, je dirai presque impossible à faire disparaître à l'heure actuelle, et étudier si, en accordant le divorce par consentement mutuel, en le réglementant d'une façon très précise, et en ne le permettant qu'après une procédure sérieuse et bien établie, on ne pourrait pas faire disparaître certains inconvénients de nos lois actuelles, ou si, au contraire, on ne ferait que les augmenter, en donnant trop libre cours à une institution déjà étendue, et en supprimant en quelque sorte le principe de l'indissolubilité du mariage.

Nous avons voulu montrer que les divorces qui maintenant sont prononcés, avec une si grande facilité, par des juges non dupes de ces comédies dont on les entoure, et des arrangements faits entre des époux bien décidés à rompre, et qui ne sont en quelque sorte que des moyens détournés, masquant le consentement mutuel, soient réglementés par une loi qui, bien loin de supprimer les causes actuelles du divorce, ne ferait, au contraire, que les étendre et apporterait aux ménages désunis un supplément de sécurité.

Il sera nécessaire de montrer aussi comment ce moyen de divorce fut pratiqué dans l'antiquité dès l'origine, voir s'il existait dans les sociétés primitives, donner un aperçu sur les pays où il est encore pratiqué de nos jours. Il faudra discuter ses avantages et ses inconvénients, et examiner si pratiquement il serait bon et possible de le rétablir en France à l'heure actuelle, et s'il y aurait des moyens de lui donner toute la sécurité et la sincérité désirables.

Dans le courant de ce travail, on verra s'il faudrait le préconiser dans une société comme la nôtre, pour empêcher les terribles conséquences, et les procès scandaleux que les deux conjoints seraient désireux de voir disparaître, et qui retombent tôt ou tard sur les enfants de ces unions mal assorties. Il faudrait évidemment protéger les enfants, ces pauvres êtres qui ont tant de raison d'être malheureux par la désunion de ceux qui les ont mis au monde, de ces parents qu'ils apprendront à détester, s'ils savent, à l'âge où le raisonnement entre dans leur esprit, les causes bien souvent tristes et même scandaleuses qui ont porté leurs parents, ou l'un d'eux à demander à la loi, le droit de fuir ce domicile, où au lieu du bonheur espéré, ils n'avaient eu que la souffrance.

Et enfin pour terminer ces longues discussions où nous aurons à publier et à commenter les pa-

roles de tant de célébrités politiques littéraires ou autres, nous exposerons les propositions de loi déposées à la Chambre des députés pendant ces dernières années, et le texte de la loi, qui a reçu l'approbation de la réforme judiciaire et de la législation criminelle.

CHAPITRE PREMIER

LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL EN DROIT ROMAIN ET DANS LES SOCIÉTÉS PRIMITIVES

Avant de discuter nos lois et nos propositions de lois françaises, il est bon de savoir qu'elles furent, dans l'antiquité en droit romain et dans les sociétés primitives, les modes du divorce, tout en ne nous attardant un peu plus longuement que sur le consentement mutuel en lui-même.

SECTION I

Le divorce en droit romain

Le divorce en droit romain a deux sens bien distincts : un sens générique (*divortium lato sensu*) qui comprend à la fois le divorce *stricto sensu* et la répudiation : c'est toute dissolution du mariage, arrivant par la volonté des époux ou de l'un d'eux ; et un sens spécifique (*divortium stricto sensu*) qui n'est qu'une partie du premier : c'est la dissolu-

tion du mariage arrivant par la volonté des deux époux : on l'appelle alors souvent : divorce *bona gratia* (1).

Il est nécessaire de diviser le droit romain en quatre grandes périodes que nous étudierons successivement.

§ 1. — *Avant la loi des XII Tables*

Sur l'époque antérieure à Romulus, les documents précis font défaut. Tout porte à croire cependant que dès ces temps reculés, le divorce était en usage chez ceux qui habitaient le territoire de la future Rome : Il est à remarquer qu'il était admis par toutes les législations primitives aujourd'hui connues.

On a cru cependant découvrir une preuve formelle de son existence dans un texte de Plutarque. Parlant des lois établies par Romulus, cet historien les qualifie de *dures*. Pourquoi *dures*? Sinon parce qu'elles apportaient des entraves à l'état de choses existant, et que le divorce étant libre avant elles, celles-ci lui apportaient des restrictions rigoureuses.

Ce qui est indéniable, c'est que le divorce exis-

1. Gaius et Paul (fr. 101 et 191. Dig. *De verborum signif.* L. 16); Divortium inter virum et uxorem fieri dicitur : repudium vero sponsæ remitti videtur.

tait au temps et à l'époque de Romulus et fut réglementé par lui.

Il est utile de voir dans quels cas le divorce était permis.

Dans le cas de répudiation, il existe un texte de Plutarque qu'il est utile de citer et dont la traduction latine est la suivante : « Constituit quoque leges quasdam quarum illa dura est, quæ uxori non permittit divertire a marito, at permittit uxorem repudiare, propter veneficium circa prolem, vel falsitatem clavium, vel adulterium commissum, bonorum ejus partem uxoris fieri, partem cereri sacram esse jussit : qui autem venderit uxorem, diis inferi immolari. »

Il est bien entendu qu'à ce moment-là, et en s'appuyant sur le texte même, il est impossible à la femme de répudier : c'était le temps où florissait la *manus* ; alors, il n'y avait pas de *justæ nuptiæ* sans *manus*, ou s'il y en avait, c'était l'infime exception (1) ; la femme se trouvait *loco filiæ*, il y avait entre elle et son mari des rapports de père à fille.

Nous avons voulu parler de ce mode de divorce sans nous étendre, puisque notre but est seulement d'étudier le divorce par consentement mutuel, ou divorce *bona gratia*.

Durant cette époque, les conjoints peuvent-ils

1. Gaius, I, 111 et 114.

d'accord mettre fin à leurs *justæ nuptiæ* ? C'est une question fort difficile à résoudre, et sur laquelle on ne possède aucun texte, et qu'on ne peut étudier que par déduction. Il est cependant probable, et c'est l'avis d'Accarias (97-4) d'après le principe même du droit romain, que tout contrat issu de la volonté des parties, peut se dissoudre de même, que le mariage pouvait se rompre par le consentement mutuel.

En ce qui concerne la procédure à suivre, il y a pénurie presque complète également. Il faut, croyons-nous, se référer à une des plus vieilles règles du Droit Romain : *quæ jure contrahuntur, jure contrario pereunt* (1), et tout naturellement, il faut décider en ce qui concerne les *justæ nuptiæ* qu'elles se dissolvent sans aucune formalité du moins légale puisqu'elles se contractent de même (2).

Pour la *manus*, qui à cette époque accompagne d'ordinaire les *justæ nuptiæ*, force est, par application de la même idée, de distinguer de quelle façon le mariage a été établi.

Est-ce *confarreatio* ? On doit alors avoir recours à une cérémonie, comportant comme cette *confarreatio* des paroles solennelles, la pré-

1. L. 80, D. *De solut.*, L. 35, D. *De reg. jur.*

2. Accarias, I, 81.

sence de dix témoins et du flamme de Jupiter : c'est la *diffarreatio* (1).

Est-ce *coemptio vel usu* ? Une *mancipatio* suivie d'affranchissement est nécessaire ; c'est du moins ce qu'il est permis de conclure de l'analogie de la *manus* avec la puissance paternelle, et d'un texte mutilé de Gaius (I, § 137).

§ 2. — *Depuis la loi des XII Tables
jusqu'à Auguste*

Il est certain que la loi des XII Tables parlait du divorce ; Cicéron le dit expressément dans la deuxième de ses *Philippiques* ; mais quelles en étaient exactement les dispositions ? Il est fort difficile de le savoir, car le texte ne nous en est pas parvenue ; on ne peut que chercher à y suppléer, en combinant entre eux les extraits des divers auteurs romains qui ont écrit à cette époque.

A ce moment les époux ont la liberté absolue de se prévaloir ou non des motifs de divorce qui militent à leur profit : il dépend donc de leur volonté, en les invoquant ou non, de faire cesser ou de faire durer leurs *justæ nuptiæ* et seulement à la condition qu'ils soient *ingenus* ou *sui juris*.

1. Festus, v^o *Diffarreatio*.

S'ils sont affranchis ils auront besoin du consentement du patron qui pourra même le leur imposer (1). S'ils sont *alieni juris*, il faut le consentement du *paterfamilias* qui peut même les obliger à divorcer. Celui-ci d'ailleurs a seul ce pouvoir que n'ont ni la mère, ni aucun ascendant (2).

En ce qui concerne la répudiation, elle est possible même sans cause, ainsi que le dit Pothier (3). « Lex vero duodecim tabularum videtur permisisse viris ut suas pro habitu repudiarent uxores. » Il n'est pas douteux cependant que les maris devaient se soumettre au tribunal domestique composé de la famille civile de la femme, de ses agnats, des parents naturels, des cognats, des amis et des familiers. Un membre du Sénat fut même exclu pour avoir omis cette formalité en l'an 447 (4).

Ils furent peu nombreux les divorces par ce moyen avant celui de Spurius Carvilius Ruga en 520 ou 527 ; il souleva d'ailleurs un tolle général (5), mais à partir de cette époque, il n'existe

1. Paul. *Sent.* L. V, t. VI, § 5.

2. L. IV au Code. *De Repudiis*.

3. Pandectes, II, p. 127. *De divorc. et Repud.* Art. 1.

4. Marcus Valerius et Caius Junius Brutus Babuleus L. Hennium senatu moverunt, quod quam virginem in matrimonium duxerat repudiasset, nullo amicorum consilio adhibito (Val. Max. de *Institutis antiquis*, lib. 2).

5. Val. Max. *Factorum dictorumque memorabilium*, L. V. Cap. III, 12.

plus de *judicium domesticum*, et rien en fait ne vient arrêter le courant.

La répudiation à cette époque pouvait probablement être exercée par la femme, mais aucun texte n'y fait allusion, et cependant la loi des XII Tables était favorable à l'affranchissement des femmes (1).

En ce qui concerne le divorce *bona gratia*, il n'y a encore que des conjectures en ce qui concerne ce mode de dissolution.

Montesquieu (2) n'hésite pas à croire que c'était possible : Du moment, dit-il, que la femme ou le mari avaient séparément le droit de répudier, à plus forte raison pouvaient-ils se quitter de concert et par une volonté mutuelle. Quoi qu'il en soit de l'exactitude de cette hypothèse, il est certain, qu'à supposer qu'il soit permis, il ne fut guère pratiqué jusqu'au vi^e siècle : lui aussi n'apparut, comme la répudiation par la femme, que lorsque les mœurs commencèrent à se relâcher. Au temps de Plante, il y eu des exemples nombreux, et ce poète n'hésite pas, dans ses diverses comédies, à le conseiller à ses concitoyens de préférence à la répudiation (3) : « Istud cave faxis, quin potius per

1. Gaius, I, 111. Aulu-Gelle III, 2, 13 : Trinoctium quod abesse a viro usurpandi causa ex duodecim Tabulis debet.

2. *Esprit. des Lois*, XXVI, ch. XVI.

3. Plante. *Miles Gloriosus*, IV, 3, 32.

gratiam bonam abeat abs te. » Le divorce *bona gratia* a en effet un avantage sur la répudiation, c'est qu'il évite les discussions et les procès ; et il y a là, de la part de la société de cette époque, une indifférence complète à la rupture d'un lien, sous prétexte qu'il est devenu gênant.

Tacite, dans ses œuvres, nous en montre un exemple frappant. Dans l'Andria, un père, voulant arracher son fils à une passion amoureuse, demanda pour lui à un ami la main de sa fille ; le pis qu'il puisse arriver, dit-il, c'est qu'ils divorcent, et l'ami consent :

*Nempe incommoditas, denique hæc omnis
Si eveniat, quod de prohibant, discessio. »*

La procédure du divorce à cette époque devait être très simple, il était admis que le simple consentement des époux était suffisant pour rompre le mariage, comme il l'avait été pour le contracter. La forme sous laquelle le consentement était donné, importait peu : il y en avait un tacite, celui du père qui adopte la femme de son fils, ou le mari de sa fille, sans avoir au préalable émancipé son descendant. En ce qui concerne le mariage *cum manu*, les formalités étaient les mêmes que celles précédemment indiquées.

§ 3. — *D'Auguste à Constantin*

Dans cette troisième période, il y a beaucoup plus de documents que dans les deux premières, et ce n'est plus sur de simples déductions, mais sur des textes formels que l'on peut alors se baser.

L'empereur Auguste avait senti la nécessité de mettre un frein légal aux désordres et à l'immoralité qui envahissent le mariage. La répudiation et le divorce par consentement mutuel existent toujours, mais avec la loi *Julia de adulteris*, de 737, l'empereur Auguste apporte des modifications à la façon dont ils étaient pratiqués auparavant, et il apporte des formalités utiles et des solennités nécessaires à la prononciation du divorce.

Deux grandes questions dominent dans ce paragraphe, ce sont celles de savoir :

1° En quoi consistent les formalités établies par la loi *Julia* ;

2° Quelle était la sanction de leur omission.

1° Deux textes empruntés au Digeste répondent à la première question. Le premier est ainsi conçu : « Nullum divortium ratum est, nisi septem civibus romanis puberibus adhibitis, præter libertum ejus qui faciet divortium. Libertum accipimus etiam eum qui a patre, avo, proavo et cæteris sur-

sum versum, manumissus sit (1). » Le deuxième de ces textes est le suivant : « Divortium non est, nisi verum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit. Itaque quidquid in calore iracundiæ vel fit, vel dicitur, non prius ratum est quam si perseverantia apparuit iudicium fuisse : ideoque per calorem misso repudio, si brevi reversa uxor est, nec divortisse videtur (2).

Ainsi donc il résulte de ces deux textes trois conditions :

- a) L'intention sérieuse et réfléchie de divorcer ;
- b) La présence de sept témoins ;
- c) L'intervention d'un *libertiis* qui faciet divortium.

a) La déclaration de la part de l'époux qui veut divorcer doit être expresse, mais les paroles n'ont rien de sacramentel, comme on peut le voir par le texte suivant : « In repudiis autem id est renuntiatione, comprobata sunt hæc verba : Tuas res tibi habeto, etiam hæc : Tuas res tibi agito (3). » Cela constitue une grande différence avec le siècle précédent. Et d'ailleurs Auguste a voulu empêcher qu'on divorcât efficacement à chaque mot d'impatience et de colère, et il n'est pas douteux qu'il y eut certai-

1. Paul, I, 9. Dig. L. XXIV, titre II *De divortiis et repudiis*.

2. Paul, I, 3. Dig. L. XXIV, tit. II *De divortiis et repudiis*.

3. Gaius, L. 2, § 1. D. L. XXIV, t. II.

nement alors beaucoup plus de décence et de réflexion dans les ruptures.

b) Le droit nouveau impose seulement la présence de sept citoyens romains : ce chiffre sept était le chiffre légal des témoins à l'époque impériale, ainsi que dans la loi *Ælia Sentia* et c'est pourquoi probablement il fut conservé (1).

c) Enfin cet affranchi qui prononçait le divorce était un tiers, mais les auteurs ne sont pas d'accord sur le rôle de ce *libertus*. Il est probable que cette intervention d'un affranchi vient d'un pur effet de la superstition romaine qui avait pour but d'éviter des paroles malsonnantes et Juvénal nous le montre dans cette phrase.

Collige sarcinulas dicet libertus et exi (2).

2° En second lieu, il est bon de voir quelle était la sanction de l'omission de ces formalités, et si elles avaient toutes la même importance. En ce qui concerne la volonté : le formalisme établi par la loi *Julia* appartient à une époque où le consentement est reconnu comme la cause essentielle des actes juridiques. Aussi cette volonté doit être non équivoque (L. 4. Dig. liv. 24, t. II).

Malgré les termes de la loi 9, il ne semble pas

1. Gaius, *Com.* I, § 29.

2. Juvénal, sat. VI.

que la présence du *libertus* soit absolument indispensable, car on le voit dans Gaius, remplacé par une autre personne : *Sive autem ipsi præsenti renunciatur, sive absenti per eum qui in potestate ejus sit, cujusve is cave in potestate sit nihil interesit* (1).

En ce qui concerne l'absence de témoins, il est bien certain que celle-ci entraînerait la nullité du divorce et de nombreux textes paraissent être affirmatifs sur ce point et tout d'abord la loi 9 au Digeste livre XXIV, titre II ne fait aucun doute en ce sens.

Le texte suivant d'Ulpien (2) est de même : « Si non secundam legitimam observationem divortium factum sit, donationes post tale divortium factæ nullius momenti sunt : cum non videatur solum matrimonium. » Il en est de même de la loi 1 § 1 *in fine* au Digeste livre XXXVIII titre XI : « Nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habetur. »

Cependant un texte de Javolenus (3) et un autre d'Ulpien (4) semblent admettre que le seul consentement serait suffisant, mais ces textes ne sont

1. Gaius, I, 2 § 3. Dig. liv. XXIV, titre 2.

2. Ulpien, 1.35 Dig. liv. XXIV tit. I. *De donationibus inter virum et uxorem.*

3. Javolenus, 1.64 Dig. liv. XXIV tit. I. *De donat. inter virum et uxorem.*

4. Ulpien, 1.32 § 13. Dig. liv. XXIV tit. I. *De donat. inter virum et uxorem.*

pas probants, et, d'après nous, il est certain qu'à cette époque le divorce n'était pas valable, si les époux ne s'étaient pas conformés à ces formalités.

§ 4. — *De Constantin à Justinien*

On a vu à la période précédente l'utilité de l'affranchi qui prononcera le divorce, à cette époque la forme la plus généralement employée c'est la rédaction de l'écrit, et elle est la conséquence d'une tendance générale.

La loi 9 (1) porte : « Si constante matrimonio, consensu mutuo tam viri quam mulieris, repudium est missum, quo nulla causa continetur, quæ consultissimæ constitutioni divæ memoriæ Theodosii et Valentimani inserta est : licebit mulieri non quinquennum expectare, sed post annum ad secundas nuptias convolare. »

Il est probable qu'à cette époque la loi Julia n'est pas abrogée, aucun texte, du moins ne le dit, même un fragment d'un texte de Paul au Digeste en suppose le maintien (2), et cependant le *libellus repudii* nécessaire autrefois ne le semble plus à présent (Novelle CXXIII, chap. XL).

1. C. liv. V, titre XVII. *De repudiis et iudicio de moribus sublato*.

2. Paul 1, 9 Dig. liv. XXIV titre II. *De divortiis et repudiis*.

Une constitution de l'empereur Constantin (1) établit une limitation à la faculté illimitée de divorce, et cependant Constantin s'en tint à cette demi-mesure, car le dogme de l'indissolubilité du mariage n'avait pas encore été posée par l'Eglise. Ses successeurs eurent moins de condescendance pour les évêques, et en effet une constitution des empereurs Honorius et Théodose II datée de 421 allongea la liste des cas de divorce, puis, en 449 et en 497, on trouve plusieurs autres constitutions dont les tendances sont absolument les mêmes. En 497, on trouve le principe du divorce par consentement mutuel dans un texte inséré au Code de Justinien (2). Et presque à la même époque la loi Burgonde le disait aussi.

« Consensu partis utriusque repudium dare et matrimonium dissolvi. »

La législation des Nouvelles de Justinien est la suivante : elle énumère différents cas de divorce, et à ce moment le divorce *bona gratia*, ou par consentement mutuel est interdit, sauf dans un cas, celui où l'un des deux époux manifeste l'intention d'entrer dans la vie religieuse (Novelle 22).

Dans la Novelle 117, comme on avait constaté de nombreux abus, le divorce *bona gratia* est toujours permis aux époux, pour la raison de la

1. L. 1 Cod. Theod. liv. III. titre XVI.

2. L. 9 Code. *De Repudiis*.

Novelle 22, celle où l'un des époux doit entrer dans un monastère, mais s'il y a eu fraude, les époux sont déchus de tous leurs biens au profit des enfants.

SECTION II

Le divorce chez les Germains

En ce qui concerne le divorce des Germains venus en Gaule, Tacite est moins affirmatif qu'en ce qui concerne la société romaine de son temps. On y voit bien cependant que le mariage en Germanie, ne se rompait pas aussi facilement qu'à Rome. Mais il demeure muet sur les causes déterminantes du divorce : tout ce qu'on peut déduire de ses observations, c'est que l'adultère de la femme en était un des motifs.

Dans les deux lois franques, nous ne trouvons absolument rien sur le divorce. Mais il y a d'autres lois barbares qui en parlent : La *lex Burgundiarum* et la *lex Visigothorum*. D'ailleurs chez les Francs d'autres documents nous en rapportent des exemples.

D'après ceux qui nous sont parvenus, il faut en induire que :

1^o La répudiation du côté du mari existait pour de justes motifs et n'était pas possible pour la femme ;

2° Le divorce par consentement mutuel existait bien, mais il ne fut guère connu et distingué que plus tard.

De la répudiation nous n'en parlerons pas. En ce qui concerne le divorce mutuel, quand la famille est intervenue pour la femme, c'est une entente qui peut s'établir pour consacrer le divorce : et nous voyons ici, pratiqué dans la société barbare, le divorce par accord mutuel. La loi des Alamans sera presque la seule à y faire allusion, tandis que la loi barbare des Burgondes n'en a rien dit, à la différence de leur loi romaine qui a rapporté le principe général du divorce par consentement réciproque. Il ne nous semble pas douteux cependant que le divorce mutuel n'était pas accepté comme à Rome par les époux seuls, et par une sorte de principe théorique que le consentement suffit à dénouer comme à nouer. Tant d'indifférence et d'égalité vis-à-vis du mariage n'était pas une donnée germanique. Après un différend, après un traité familial, le divorce mutuel pouvait se produire, et alors plus tard on le voit prévu dans les formules de Marculf et autres formules comme un traité de paix après discorde (1) :

« Dum inter illum et conjugem suam illam, non caritas secundum Deum, sed discordia regnat, et

1. Marculf, lib. 2. f. 30 et autres *libelli repudii* rassemblés par de Rozière.

ob hoc minime conversare possunt, placuit utriusque voluntas ut a se consortio separare deberent ; quod ita et fecerunt. Propterea has epistolas inter se uno tenore conscriptas fieri et affirmare decreverunt, ut unusquisque ex ipsis, sive ad servitium Dei in monasterio, aut in copulam matrimonii sociare voluerit, licentiam habeat. »

La *formula Salica Merkeliana* (n° 18) est calquée sur celle de Marculf, avec cette seule différence qu'on y trouve intercalée avant le mot *placuit*, cette adjonction : « ideo venientes pariter in illo mallo ante illum comitem vel reliquis bonis hominibus » qui marque seulement la consécration de ce traité de divorce par-devant l'autorité publique.

Mais la condition des femmes restait toujours inférieure. Et ce n'est qu'après les invasions que devait s'ouvrir à leur profit une autre protection et un autre refuge, grâce aux Eglises et aux abbayes. L'épouse qui voulait quitter son mari, soit pour cause grave, soit même sans raison que l'incompatibilité d'humeur, pouvait se retirer dans un monastère en renonçant d'ailleurs à toute idée de mariage ultérieur (1). Sainte Radegonde, l'épouse de Clotaire I^{er}, finit par obtenir de son mari qu'elle le quittât pour fonder à Poitiers le

1. Grégoire de Tours, p. 406. *Histoire de Berthigonde*.

monastère qui a porté son nom. Grégoire de Tours nous montre bien qu'il y eut là comme un divorce mutuel, ou presque une répudiation voulue par sainte Radegonde (1).

Ainsi, il n'est pas douteux qu'il y avait, même dans cette société barbare, faculté et moyens de rupture pour les femmes, mais l'idée d'épouses pouvant répudier à volonté leurs maris, comme à Rome, pour se donner successivement à plusieurs (*liberum matrimonium*) n'a jamais été reçue chez les Germains, même au lendemain des invasions. Tacite l'a bien vu, comme les lois barbares le montrent encore, et cela est certainement dû à l'influence du christianisme qui considérait le mariage comme un lien et non comme un simple contrat pouvant se dissoudre librement, par la seule volonté des époux.

SECTION III

Textes chrétiens

En ce qui concerne le divorce par consentement mutuel, on ne trouve absolument rien dans les textes chrétiens, il est permis de suspecter même l'existence du divorce au sens propre du mot.

1. Grégoire de Tours. L. 3, n^o 4 et 7.

Dans la Genèse, le point grave de la dissolution volontaire du mariage n'est pas éclairé. L'esprit du texte peut bien résister à l'idée d'un divorce, mais la lettre n'y contredit point. Et Moïse, le grand législateur des Hébreux, autorise la répudiation de la femme par l'homme, pour cause motivée (1).

Dans l'*Histoire des Conciles* par Hermant, et dans le *Recueil* de Labbé, on trouve de nombreux conciles autorisant le divorce pour causes déterminées. Celui de Vannes, en 465, le permet pour cause de fornication (2); celui de Tolède, en 681, pour adultère (3). Le Synode de Soissons, en 745, autorise les époux à quitter leurs femmes adultères, le Concile de Rome, en 826, le permet également pour cause d'adultère, etc.

Mais ce divorce dont parlent les conciles, et Moïse lui-même, n'est-il pas en réalité qu'une simple séparation de corps? Il est permis de le penser, car le christianisme dans son essence même ne pouvait pas admettre le divorce au sens propre du mot. Et c'est l'avis des théologiens qui ont longuement étudié et discuté cette question du divorce dans la religion chrétienne.

D'ailleurs, jusqu'à la Révolution, pendant toute

1. Deutéronome, ch. XXIV, n° 1.

2. Herm., t. II, p. 265. — Labbé, t. III.

3. H., t. II, p. 454. — Lab., t. VI.

l'époque où c'est l'Eglise qui a la souveraineté en ce qui concerne les mariages, on ne parle plus du divorce, et c'est seulement vers 1789, au moment où les actes de l'état civil sont confiés à l'Etat que s'élève la question du divorce abandonnée depuis de longs siècles.

CHAPITRE III

LOI DU 20 SEPTEMBRE 1792.
PÉRIODE INTERMÉDIAIRE. — CODE DE 1804

§ 1. — *La loi du 20 septembre 1792*

Au milieu des graves événements qui précédèrent la Révolution, la question du divorce passionnait les esprits et alimentait toute une série de brochures. *La Crise du Mariage dans la législation intermédiaire*, d'Olivier Martin (Paris, 1901), nous expose en détail toutes les discussions qui étaient engagées sur ce grave sujet. La presse était favorable aussi, et cependant, chose inexplicable d'ailleurs, au moment de la convocation des états généraux, les cahiers n'en demandèrent pas l'établissement.

Dès 1792, et au début même de l'année, des tentatives furent reprises avec insistance et le 20 août le Comité de législation fut chargé de présenter, sous trois jours, un rapport détaillé. Il s'y mit d'ailleurs avec une sage lenteur, et le 30 août

seulement, Aubert Dubayet développe une motion en faveur du divorce, et le principe fut voté.

Le 7 septembre, M. Robin donne lecture du rapport du Comité de législation, rapport qui permettait le divorce par consentement mutuel, et même sans autres motifs que l'incompatibilité d'humeur.

Le 13 septembre était présenté un contre-projet de M. Sedilley qui admet le consentement mutuel, et même la répudiation, mais avec un motif qui serait apprécié d'un jury composé de trois hommes, si la femme demandait le divorce, et de trois femmes si la demande venait de l'homme.

Le 20 septembre enfin était votée la loi, qui au point de vue du consentement mutuel mérite d'être analysée : Ce mode de divorce, d'ailleurs, fait l'objet du paragraphe 2 de la loi.

Le mari et la femme qui demandent conjointement à divorcer convoquent une assemblée de six au moins des plus proches parents, ou d'amis à défaut de parents. Trois sont choisis par le mari, trois par la femme ; ce conseil se réunit un mois au moins après la convocation, dans le district du domicile du mari. Les époux doivent se présenter en personne. Les parents font les observations qu'ils jugent convenables. Si les époux persistent dans leur intention, un certificat de non-conciliation est dressé par l'officier municipal, signé par

lui, par les parties et par les membres de l'assemblée de la famille. Un mois au moins, six mois au plus après, les conjoints peuvent se présenter devant l'officier de l'état civil qui sur leur demande est tenu de prononcer le divorce, sans entrer en connaissance de cause. Le délai de six mois étant expiré, il faut une nouvelle tentative de conciliation.

On avait fondé à l'époque de grandes espérances sur ces assemblées de famille, qui devaient, disait-on, donner toutes les garanties et le sérieux possible, à des décisions aussi graves. On vit rapidement qu'on s'était trompé, et l'expérience d'ailleurs donna raison au comte d'Entraignes qui dans son livre *Observations sur le Divorce*, en 1789, les avait combattues : Elles furent généralement au-dessous de leur tâche. D'ailleurs il était facile aux conjoints de choisir parmi leurs parents ou leurs amis ceux qui épouseraient leurs querelles. On comprend dès lors que leur présence, bien loin d'amener un rapprochement, ne devait faire qu'accentuer la discorde, chaque partie mettant son amour-propre à ne pas faire de concessions à l'adversaire. Le rôle que la loi attribuait à ce conseil, ne fut presque jamais rempli. On ne vit là que l'accomplissement d'une formalité ennuyeuse. L'assemblée de famille dura cinq minutes et consista dans la signature du procès-verbal de non-conciliation dressé à l'avance.

Les délais eux-mêmes purent sans doute être abrégés, grâce à la complaisance des officiers municipaux qui, en matière de procédure, sont plus accommodants que les tribunaux. On avait des divorces absolument sans cause, et le mariage n'était en quelque sorte qu'un contrat de louage qui se dissolvait au gré des parties.

Cet ensemble de mesures, un peu illusoire peut-être, et qui, cependant, était destiné à protéger le divorce contre l'inconstance excessive des époux, ne devait pas avoir beaucoup d'efficacité, et malgré tout, malgré la faculté excessive de briser l'union conjugale à peine la loi était-elle votée que déjà l'on se préoccupait de faire tomber toutes ces faibles barrières, et de rendre le divorce plus facile encore.

§ 2. — *Législation sur le divorce dans la période entre la loi du 20 septembre 1792 et le Code civil*

Entre la loi du 20 septembre 1792 et les travaux préparatoires du Code civil, on peut distinguer deux périodes successives. Dans la première, il y a une tendance à aller de l'avant, dans la voie où l'on s'était engagé, en augmentant la sphère d'application du divorce ; dans la seconde, on

songe à revenir en arrière, à rendre au mariage, la dignité que des scandales sans nombre commencent à lui faire perdre, en restreignant les causes de ruptures du lien conjugal.

PREMIÈRE PARTIE. — *Période extensive.* — Cette période très intéressante à discuter s'étend à peu près jusque vers le milieu de l'an III, et contient toute une série de décrets relatifs au divorce. Décrets des 22 et 23 vendémiaire an II, 8 et 14 nivôse an II, 4-9 floréal, 5-7 floréal, 24 floréal, 2 prairial, 14 messidor, 23 thermidor an II, 8 vendémiaire an III.

Il est intéressant de rappeler comment fut présenté le décret des 4-9 floréal an II. Oudot à la séance du 4 floréal prit la parole en ces termes (1) :

« Nous sommes à la veille de vous présenter le Code civil, mais en attendant qu'il soit décrété, laisserons-nous des époux, qui ont manifesté le désir de se désunir, dans l'impossibilité de le faire, lorsque nous pouvons aplanir par quelques articles additionnels les difficultés que leur présente en ce moment la loi très incomplète du 20 septembre 1792. La différence des opinions a causé depuis la Révolution, une multitude de divorces, et certes ce sont les mieux fondés en raison ; car si l'on a dit autrefois qu'un mauvais

1. *Moniteur universel.* (Séance du 4 floréal.)

mariage était le supplice du mort attaché au vif, combien cette comparaison n'est-elle pas frappante lorsqu'il s'agit du lien qui attache un esclave de la tyrannie au sort d'un vrai républicain.

« La Convention doit donc s'empresse^r de faciliter l'anéantissement de ces sortes de chaînes. Elle le doit surtout à ces époux qui outre les travaux de la révolution ont eu à combattre dans leur propre maison et sous le nom le plus cher, un ennemi de la République.

« J'ai dit qu'il y avait une multitude de divorces, mais pour que la malveillance n'en tire pas de conséquences contre cette salubre institution, je dois ajouter que sur cent, on en voit à peine un qui ait lieu entre gens mariés depuis la loi qui l'établit. »

Un mot en passant, et qui servirait à détruire l'argument d'Oudot, c'est que depuis deux ans que la loi existe seulement, avec les délais obligatoires de six mois, les troubles, les guerres, le nombre énorme de morts arrivées dans cette période, la diminution des divorces correspondait à une diminution sur les mariages, qui étaient peu fréquents, ou qui se dissolvaient par la mort d'un des époux.

« Les difficultés, dit-il, qui s'élèvent sur l'exécution de la loi du 20 septembre, viennent fréquemment de ce qu'elle désigne le domicile du mari comme seul lieu où peut être demandé le

divorce. Or il arrive souvent que le mari lui-même ou l'un des deux époux, ont quitté ce domicile ; comment veut-on qu'une pareille règle puisse convenir, pendant une Révolution qui a déplacé presque tous les individus ?

« Quand les époux sont séparés de fait depuis plusieurs années, qu'ils ont formé des établissements aux extrémités de la République, ou que l'un d'eux a passé en Amérique ou aux Indes, faut-il qu'ils viennent au lieu du domicile du mari, pour opérer le divorce ? Cette question ne paraît pas devoir être sérieusement proposée.

« Le divorce est une conséquence du premier droit de l'homme : il est incontestable qu'on ne peut contraindre aucun individu à rester attaché au sort d'un autre : qu'il suffise de la volonté d'un seul des époux, pour rompre leur lien : cependant le mariage est une institution trop importante au bonheur des familles et au maintien des mœurs, pour qu'on puisse permettre de le dissoudre sans formalités et en quelque sorte *ipso facto* par la seule séparation des époux...

« Mais, ajoute-t-il plus loin, lorsque des époux sont dans des circonstances telles qu'on doive présumer qu'ils ont suffisamment réfléchi sur un acte aussi sérieux, il est inutile de prolonger les délais d'épreuve qui laissent les deux époux dans une incertitude infiniment préjudiciable à leurs

intérêts, à ceux de leurs enfants, et de ceux qui ont des relations d'affaires avec eux ; ces délais fournissent l'occasion à celui qui a l'administration des biens de soustraire ou de dissiper les effets de la communauté : enfin ils prolongent le scandale des séparations et portent une véritable atteinte aux mœurs.

« Tels sont, citoyens, les inconvénients des délais établis par la loi du 20 septembre 1792.

« Je ne vous propose pas de les anéantir en ce moment, nous avons le projet de le faire dans le Code et vous avez déjà accueilli favorablement les dispositions que nous vous présentons à cet égard. Il ne s'agit quant à présent que de faciliter l'exécution de cette loi qui est en pleine activité et de terminer un grand nombre des difficultés par quelques articles additionnels. Si on peut donc considérer la séparation de fait qui a lieu entre les époux comme une disposition à rompre leurs liens, il semble qu'on peut les dispenser, lorsqu'ils sont séparés de fait depuis plus de six mois, de tous les délais d'épreuve et les autoriser à se servir du mode établi par la loi du 20 septembre 1792, pour le cas d'abandon d'un des époux : c'est la principale disposition que nous vous proposons en ce moment.

« On se plaint néanmoins que les femmes des défenseurs de la patrie profitent de leur absence

pour faire prononcer le divorce, et pour obtenir des règlements de leurs droits qui portent préjudice à leurs maris, nous nous proposerons aussi de remédier à cet inconvénient. »

On peut remarquer que dans ces parties de son discours, transcrites littéralement, Oudot ne s'attarde pas à prouver ce qu'il avance ; il procède par affirmations, sachant très bien qu'il n'aura pas de contradicteurs et que le décret qu'il propose, passera tel qu'il a été rédigé.

Il suffit à cette époque de troubles et de discordes, que les grands mots de liberté, d'affranchissement de la tyrannie soient prononcés pour que le vote soit lié d'avance.

Et il n'y a cependant qu'à lire les statistiques, et on voit qu'à Paris depuis le 1^{er} janvier 1793 jusqu'au 17 juin 1895, sur 5.987 divorces qui étaient prononcés, 559 l'étaient par le consentement, ce qui donne une moyenne d'un dixième environ.

La Convention sans délibérer d'ailleurs adopta le projet suivant composé d'articles dont le premier seul nous intéresse :

ARTICLE PREMIER. — Lorsqu'il sera prouvé par un acte authentique ou de notoriété publique que deux époux sont séparés de fait depuis plus de six mois, si l'un d'eux demande le divorce il sera prononcé sans aucun délai d'épreuve, conformément à l'article 17 du paragraphe 11 de la loi du 20 septembre 1790.

L'acte de notoriété publique sera donné par le conseil général de la commune, ou par les citoyens civils de la commune, sur l'attestation de six citoyens.

L'époux qui demandera le divorce pourra, dans le cas de résidence de six mois dans une nouvelle demeure, faire citer l'autre par-devant l'officier public de ce nouveau domicile.

Et alors il n'y a plus de formalités, on dit même que « sera destitué et condamné à des dommages-intérêts l'officier public qui ne voudrait pas recevoir une action en divorce ou qui refuserait de le prononcer dans les cas prévus par les articles 1 et 2.

Il est certain que le divorce qui avait lieu alors sans aucune réglementation, conduisit à des abus de toutes sortes, auxquels il fallut très rapidement remédier.

DEUXIÈME PARTIE. — *Période restrictive.* — Ce fut le 2 thermidor an III que furent portées à la tribune les réclamations contre les abus qui s'étaient produits. Différentes motions furent votées, restreignant les causes du divorce, et le 24 brumaire an V, seulement, la question venait devant le Parlement. Au conseil des Cinq-Cents, Reynaud de l'Orne obtient la parole par une motion d'ordre (1).

1. *Moniteur universel* an V, p. 227.

« Il serait difficile, dit-il, de peindre tous les maux que cette cause de divorce (incompatibilité d'humeur) occasionne, il serait difficile d'imaginer combien elle favorise la légèreté et l'inconstance des époux, combien elle les excite au libertinage et à la débauche, combien elle contribue à corrompre les mœurs. »

Boissy d'Anglas demanda l'ajournement et le 20 nivôse la question revint devant le Parlement : Favart présente le rapport ; et à la séance du 4 pluviôse, Mailhe soutient la même thèse.

Tous ces efforts aboutirent à la loi du premier jour complémentaire de l'an V qui se bornait à ajouter un nouveau délai à ceux prescrits par la loi du 20 septembre 1792. Portalis, dans un magnifique discours voulut, rejeter la résolution, et cependant elle fut approuvée.

Le texte de la loi votée — nous l'exposerons sans commentaires — était le suivant :

ARTICLE PREMIER. — Dans toutes les demandes en divorce qui ont été ou seront formées sur simple allégation d'incompatibilité d'humeur et de caractère, l'officier public ne pourra prononcer le divorce que six mois après la date du dernier des trois actes de non-conciliation exigés par les articles 8, 10 et 11 de la loi de 1792.

ART. 2. — A l'égard des demandes en divorce formées pour la cause ci-dessus, après laquelle les trois actes de non-conciliation auront eu lieu, l'officier public ne pourra

prononcer le divorce que six mois après la publication de la présente.

Il est certain que cette loi servait à atténuer les effets déplorables de la loi de 1792, ou les abus qui s'étaient fait sentir depuis, mais a-t-elle eu des résultats heureux, et à ce moment où l'on allait discuter le Code civil ne cherchait-on pas déjà à modifier complètement la loi de 1792, et à faire un nouveau règlement sur le divorce ?

§ 3. — *Le Code de 1804*

Au moment de la discussion du Code de 1804 de nombreux projets, motions, contre-projets furent proposés.

Après un examen de la question par Portalis, il fut admis sans délibération qu'on maintiendrait le divorce, puis, pour rendre la discussion plus facile, des opinions différentes relativement à son organisation, on examina divers projets. Le projet du conseiller Boulay proposait de n'admettre le divorce que pour des causes vérifiées et reconnues légitimes.

Il repoussait formellement le divorce par simple allégation d'incompatibilité d'humeur, parce que de quelques formes qu'on l'environnât, à quelques délais qu'on l'assujettit, il est clair que

le mariage n'aurait pas même la force de la plus simple et de la moins importante des conventions, puisqu'il n'en est aucune qui puisse être rompue par la seule volonté des parties contractantes. Il repoussait de même le divorce par consentement mutuel, et s'attachait à réfuter les arguments invoqués en sa faveur.

Un autre projet du conseiller Berthier admettait bien le divorce par consentement mutuel, mais avec un sérieux contrôle : Tronchet le combattait comme contraire à la stabilité du mariage et aux mœurs ; le conseiller Thibaudeau l'admettait en principe et réfutait les arguments contraires.

Le projet Boulay fut voté à une infime minorité et cependant c'était là la suppression du divorce par consentement mutuel. La question revint sur le tapis et à propos de l'adultère, on prétendit qu'il valait mieux cacher la véritable cause de la demande. Le premier Consul voulait arriver au divorce par consentement mutuel et son influence se fit sentir. Il chercha à le faire admettre de différentes manières, et enfin de guerre lasse une proposition de Cambacérès admettant purement et simplement le divorce par consentement mutuel fut adoptée. Ceux qui avaient lutté contre son admission obtinrent seulement qu'on l'organisât avec prudence, en l'entourant de très sérieuses garanties.

Le projet fut ensuite communiqué officieusement au Tribunal. Savoye-Rollin fit un rapport à la séance du 27 ventôse an XI (1) pour exposer le projet qui fut discuté le 29 du même mois. Le tribun Carion Nisas l'attaqua fortement avec des chiffres, prouvant que le divorce loin d'attirer au mariage n'avait fait qu'en éloigner. Et cependant, dans cette séance du 29 ventôse, le projet fut adopté à une assez forte majorité (46 voix contre 19). Savoye-Rollin, Gillet et Pictet furent désignés pour porter ce vœu au Corps législatif.

En même temps, et au Corps législatif lui-même un projet était présenté par Treilhard. Et le 18 ventôse il donnait lecture d'un projet et d'un exposé des motifs (2) :

« La quatrième cause, disait-il, celle du consentement mutuel, n'est pas susceptible d'une preuve de cette nature (c'est-à-dire d'une preuve devant les tribunaux) ; mais on s'en formerait une bien fausse idée et l'on calomnierait d'une étrange manière les intentions du gouvernement, si l'on pouvait penser qu'il a voulu que le contrat de mariage fût détruit par le seul consentement contraire des époux. »

La simple lecture de l'article proposé en annonce l'esprit et la véritable intention :

1. *Moniteur*, t. XXVII, p. 800-803.

2. *Moniteur* des 19 et 20 ventôse an XI, t. XXVII, p. 693-698.

« Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce. »

« Ainsi, continue-t-il, les conditions et les formes imposées doivent garantir l'existence d'une cause péremptoire. Le consentement dont il est question ne consiste pas dans l'expression d'une volonté passagère, il doit être le résultat d'une position insupportable. Les épreuves garantissent la constance de cette volonté ; la présence des pères et mères en garantira la nécessité : les sacrifices auxquels les époux sont forcés donneront enfin de nouveaux gages de l'existence d'une cause de divorce. »

La discussion fut fixée au 30 ventôse ; le tribun Gillet l'exposa, Treilhard reprit la parole et le projet fut converti en une loi par 188 voix contre 31.

Cette loi du 30 ventôse an XI, promulguée le 10 germinal an XI, devint dans la suite le titre V du Code civil.

Deux sortes de causes pouvaient motiver le divorce : les causes déterminées et le consentement mutuel. Des premières, nous ne parlerons pas, quant au deuxième moyen, il est formulé au chapitre III en vingt articles.

Pour que le divorce fût admis de cette façon, il fallait que le mari ait plus de vingt-cinq ans, et la femme plus de vingt et un ans : on a craint qu'ils prissent trop jeunes une aussi grave détermination. Il fallait que le mariage ait duré deux ans : le législateur a peur que la résolution du divorce ne fût prise après les premières désillusions et sans avoir encore sérieusement essayé de la vie commune. Enfin il n'était plus admis après vingt ans de mariage, ni lorsque la femme avait plus de quarante-cinq ans, de peur qu'un mari trop jeune ne pousse sa femme à consentir au divorce à un âge où elle aurait cessé de plaire en perdant les charmes de sa jeunesse, et sans motifs sérieux, et aussi parce qu'il est rare de dire que la vie commune est devenue insupportable après vingt années de cohabitation.

Il fallait aussi se soumettre à l'approbation des pères et mères des époux ou autres ascendants, suivant la manière pratiquée pour le consentement au mariage :

« Lorsque deux familles, disait Treilhard, dont les intérêts et les affections sont presque toujours contraires, se réunissent pour attester la nécessité d'un divorce, il est bien difficile que le divorce ne soit pas en effet indispensable. »

Enfin, dit la loi, les époux séparés par consentement mutuel ne pourront contracter un nouveau

mariage que trois ans après la dissolution du précédent, et ainsi se trouvait écartée la possibilité d'un mariage avec une passion momentanée.

Les époux devaient aussi faire l'estimation de tous leurs biens et régler leurs droits respectifs, et décider de la résidence de la femme pendant les délais d'épreuve, de la garde des enfants, et de la pension à servir par le mari. Et ce divorce entraînait en quelque sorte une déchéance pour les époux, puisqu'ils étaient privés de la moitié de leurs biens, dont la toute propriété passait sur la tête de leurs enfants.

La procédure à suivre était celle-ci : Les époux devaient se présenter en personne devant le président du tribunal civil de leur arrondissement et lui faire la déclaration de leur commune volonté de divorcer, et cela en présence de deux notaires amenés par eux. Le juge leur faisait telles représentations et telles exhortations qu'il jugeait convenables, et s'il ne parvenait pas à les réconcilier, leur donnait acte de ce qu'ils persistaient dans leur intention. Les époux remettaient alors aux notaires leurs actes de naissance et de mariage, les actes de naissance et de décès de tous les enfants nés de leur union ; et la déclaration authentique des ascendants qu'ils consentaient au divorce.

Les notaires dressaient un procès-verbal détaillé

de tout ce qui avait été fait. Dans la première quinzaine des quatrième, septième et dixième mois, la déclaration des époux était renouvelée, devant le président du tribunal en observant les mêmes formalités. Lorsque l'année était révolue à dater du jour de la première déclaration, les époux se présentaient dans un délai de quinze jours, devant le président du tribunal accompagné de deux personnes notables de l'arrondissement et lui soumettaient tous les actes de la procédure.

Le président et les assistants faisaient encore leurs observations aux époux, et s'ils persistaient dans leur demande, un procès-verbal était dressé, et une ordonnance mise au bar par le président, portant que dans les trois jours il serait par lui déferé du tout au tribunal en chambre du conseil, et sur conclusions écrites du procureur impérial. S'il résultait de l'examen du tribunal que les parties avaient satisfait aux conditions et rempli les formalités imposées par la loi il admettait le divorce. En vertu de son arrêt et dans les vingt jours, les parties se présentaient ensemble et en personne devant l'officier de l'état civil qui prononçait le divorce.

Le jugement qui refusait le divorce pouvait être frappé d'appel, mais seulement par les deux époux ensemble.

Voilà les grandes lignes de notre Code de 1804,

en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel. Il est certain que sous ce régime, les scandales qui suivirent la loi de 1792 ne se reproduisaient plus. La moyenne de ces divorces fut à Paris de 50 à 75 par an, ainsi que le dit M. Glisson dans son traité *Mariage et Divorce* (p. 266); il est certain que le divorce par consentement mutuel fut à ce moment-là extrêmement rare.

Le changement de gouvernement amena un changement d'opinion et le 14 décembre 1815 M. de Bonald demandait à la Chambre la suppression des articles autorisant le divorce. Le 19 février 1816, Trinquelayne fit un rapport sur la question et, le 2 mars, un projet fut adopté par 195 voix contre 22. A la Chambre des pairs, la suppression du divorce fut proposée le 12 mars. Le 25 avril un rapport de Lamoignon est adopté à une forte majorité, et enfin, le 26 avril, cette proposition de loi était présentée devant la Chambre des députés, et le jour même le divorce était aboli par 225 voix contre 11.

CHAPITRE III

LA QUESTION DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL A L'ÉPOQUE ACTUELLE

La question du divorce par consentement mutuel n'est pas nouvelle, même au ^{xx}^e siècle. Nous avons vu qu'elle fut l'objet de nombreuses discussions au moment de la confection du Code de 1804, les discussions recommencèrent de plus belle, au moment de la campagne de M. Naquet en faveur du rétablissement du divorce.

Nous avons étudié le système de la loi de 1792 et celui du Code civil, le premier de liberté excessive et sans modération, le second sagement organisé.

Aujourd'hui, dans les discussions, dans les publications, dans les romans, dans les pièces de théâtre — nous verrons plus tard qu'il n'en est pas absolument de même dans les débats parlementaires — aujourd'hui, disons-nous, ce que l'on prétend rétablir ce n'est même pas le Code de 1804 ; les promoteurs de réforme en cette matière vont plus loin, ils visent à aller le plus possible vers le

régime de l'absolue liberté. Nous rechercherons quel système il conviendrait de préférer ; mais il faudra tout d'abord savoir si le principe même de la réforme doit être admis, et si le divorce par consentement mutuel serait un élargissement du divorce, ou une simple réforme dans son fonctionnement. Repoussé dans le premier cas comme faisant une brèche de plus dans l'institution du mariage, nous pourrions l'admettre, au contraire, s'il devait donner à ce remède terrible, qu'est le divorce, un peu plus de logique et de dignité sans en augmenter la fréquence.

Il est certain qu'en examinant le terme même de divorce par consentement mutuel, il semble que ces mots doivent effrayer tout d'abord ceux qui tiennent à l'intégrité du mariage. Il leur semble voir les époux se séparer par leur simple volonté, sinon par leur simple caprice ou par leur libertinage.

C'est qu'en effet l'expression choque à première vue, il est bien certain que le consentement mutuel ne sert pas à rompre le mariage, il n'est même pas une cause proprement dite de divorce, il sert seulement à indiquer une présomption grave, qu'il existe entre les époux les motifs sérieux de désunion. La cause véritable, on ne veut pas la dire ; les époux sont dispensés de la montrer au grand jour à raison de la gravité

déshonorante et scandaleuse : et ce mode ou moyen de divorce pourrait s'appeler non plus le consentement mutuel, mais « la cause grave non divulguée ».

Cette dénomination, en même temps qu'elle serait exacte pour la plupart des ménages désunis, aurait l'immense avantage de ne pas faire pénétrer dans l'esprit des masses cette notion fausse et mauvaise, que le mariage se brise comme il se contracte par la volonté des époux. Mais tout cela n'est qu'une question de mots et non d'idées, et elle ne mérite pas de nous arrêter plus longtemps.

Du reste, il est facile d'entourer ce mode de divorce de précautions sages, de sérieux délais et d'épreuves nombreuses, après lesquels on pourra vraiment dire que ceux qui divorcent de cette façon avaient de graves raisons de le faire.

Sous la réserve de ces sages mesures ne semblerait-il pas que le divorce par consentement mutuel des époux devrait être, par la logique et la raison, admis comme un moyen de divorcer, et que, d'ailleurs, dans la pratique quotidienne, c'est lui qui, d'une façon dissimulée puisque la loi ne l'autorise pas encore, inspire et motive la plus grande partie des divorces.

Examinons d'abord s'il serait logique de l'admettre.

Si l'on étudie les causes de divorce de notre législation actuelle : adultère, excès, sévices et injures graves, condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante, on constate que pas une ne naît d'un fait d'absention, que toutes, au contraire, naissent d'un fait volontaire de l'un des époux. La possibilité d'obtenir le divorce qui est accordé à l'autre époux est la sanction nécessaire d'un manquement aux obligations conjugales. C'est pour cette raison que, au moment du rétablissement du divorce, on a écarté de nos lois certaines causes de divorce qui y figuraient autrefois et qui figurent encore dans plusieurs législations contemporaines, telles que la folie et les maladies contagieuses. On ne peut, et cela a été dit à la discussion, punir quelqu'un pour des faits indépendants de sa volonté.

Il dépend donc absolument des époux de faire naître des causes de divorce, et nous verrons plus loin qu'ils ne dédaignent pas de se servir de ce moyen, pour y recourir lorsqu'ils sont d'accord pour se séparer. Et alors on peut dire que l'intention de divorcer au lieu d'être postérieure aux faits qui motivaient le divorce, ainsi que cela devrait être, leur est antérieure, et ces faits ne sont là que pour frapper les yeux des magistrats devant lesquels est portée l'affaire.

Quoi qu'il en soit, une faute a été commise par

l'un des conjoints, et l'autre demandera le divorce de ce chef. Comment l'obtiendra-t-il, que devra-t-il faire ? L'époux demandeur devra établir la preuve du fait qu'il articule, mais il sera interdit au défendeur de faire l'aveu de sa faute, et s'il le fait, le juge deviendra plus sévère, plus méfiant dans la crainte de sanctionner, ce qui est interdit par la loi, un accord mutuel des époux. Il exigera plus de précision, plus de force dans les témoignages et dans les preuves ; et alors l'époux coupable, qui aura voulu éviter par un aveu spontané les lenteurs et les scandales d'un procès, le verra durer encore beaucoup plus longtemps que s'il ne s'était pas présenté et s'était laissé condamner par défaut, c'est ainsi que cela se passe dans la pratique. Est-ce juste ? Et ne devrait-on pas tout au moins chercher à remédier à ces inconvénients ?

Sans doute, et nous sommes parfaitement de cet avis, on craint avec raison que cet aveu ne soit un mensonge. Mais comme il ne tient qu'aux époux que la clause soit réelle, n'est-ce pas, s'ils ont bien l'intention de se séparer, les obliger à commettre des fautes que la loi réprime. La demande unilatérale n'existe vraiment que lorsque l'autre époux tient à maintenir le mariage. Souvent on les verra y tenir soit par des raisons d'ordre pécuniaire, ou d'ordre moral : et c'est pourquoi on voit bien plus souvent des divorces contradictoires dans les clas-

ses riches et élevées que dans les classes pauvres, où beaucoup de divorces d'assistance judiciaire sont prononcés par défaut.

Mais quand l'époux coupable n'essaie pas de se retenir aux avantages pécuniaires, ou aux avantages sociaux qui peuvent résulter pour lui de son mariage, ou quand les convictions religieuses ne le retiennent pas pour s'opposer au divorce, pourquoi vouloir l'obliger à se défendre dans un procès où il n'a qu'un désir : reconnaître ses torts et accepter le divorce prononcé contre lui. Il est certain même ici que les convictions religieuses ne peuvent intervenir parce que, s'il en a, pourquoi est-il coupable de les avoir violées, pourquoi a-t-il enfreint de lui-même la morale qui lui ordonne de ne pas se soustraire à des obligations quelle que soit leur difficulté, et qu'il n'a que plus de mérite à réfréner à cause de la violence de ses passions.

Il est certain qu'il y a une objection sérieuse à notre théorie : c'est l'article 249 ; le mariage est un des éléments de l'état des personnes, et qui échappe par là même aux conventions des individus. Nous voulons bien en convenir, mais alors il ne fallait pas introduire le divorce dans nos lois, car il fait fatalement dépendre la rupture du mariage de la volonté des époux, soit d'un seul des époux, soit des deux ensemble ; le second

cas d'ailleurs est de beaucoup le plus fréquent, car un procès contradictoire de divorce revient, la plupart du temps, au désir qu'ont les deux conjoints de l'obtenir. Du fait qu'un seul des époux le demande, et alors nous rentrons dans le premier cas, il manifeste l'expression d'une volonté formelle, et la plupart des causes de divorce sont de telle nature qu'elles témoignent de la volonté tacite de l'autre époux de rompre le mariage. Et alors de là à déduire le consentement mutuel dans tous les divorces il n'y aurait qu'un pas, et, cependant, il y aurait à le dire une erreur absolue. Car, anomalie bizarre, on trouve souvent des époux qui trompent leur conjoint, et qui seraient désolés si un divorce était prononcé.

Et cependant, il semblerait étrange de voir un mari frappant sa femme et tenant toujours à l'avoir près de lui, ou de voir une femme prendre un amant, et toujours désirer avoir son mari pour continuer à le tromper : et cependant cela existe, nous voyons, et nous en avons tous les jours des exemples sous les yeux, la femme, qui a un amant, mettre une certaine coquetterie, à ne pas permettre à son mari de s'en apercevoir, et être plus charmante avec lui pour s'excuser en quelque sorte de l'avoir trompé.

Il nous semble donc, après cette petite discussion philosophique, qu'il faudrait logiquement

permettre aux époux de rendre inutiles par un accord de volontés les lenteurs et les scandales d'un procès en divorce. On supprimerait avec raison toute cette procédure odieuse d'époux luttant l'un contre l'autre par les accusations les plus honteuses, et l'on substituerait ouvertement une voie plus juste aux procédés plus ou moins honnêtes des divorces prononcés par défaut, des demandes reconventionnelles basées sur des articulations injurieuses non prouvées, même des procès préparés d'un commun accord, comme il y en a beaucoup dans la pratique, et qui ne sont que le divorce par consentement mutuel que le législateur avait pourtant refusé d'admettre.

Dans la pratique, et il n'y a pour cela qu'à suivre un peu les audiences où se plaident les divorces, il y a une moyenne de quatre divorces par défaut, pour un contradictoire. Pourquoi ? Quelles sont les raisons qui poussent le défendeur à faire défaut ? Il y aura quelquefois des causes indépendantes de sa volonté, par exemple, l'assignation aura contenu une erreur, et ne lui sera pas parvenue. Mais cela est très rare et la plupart du temps il fait défaut par indifférence, par ennui de se déranger, quelquefois même de connivence avec le demandeur. A quoi servirait son intervention s'il lui importe peu que le divorce soit ou non prononcé en sa faveur ou contre lui. Il ne

pourrait jouer qu'un rôle inerte et parfaitement inutile, ou alors articuler à son tour d'autres faits, et demander que le divorce soit prononcé à son profit, ou tout au moins aux torts réciproques des deux époux.

S'il ne se défend pas, le divorce sera prononcé contre lui, mais que lui importe, s'il n'a pas d'enfant dont il désire la garde, ou s'il ne craint pas d'être condamné à une pension, soit que l'adversaire ne la lui demande pas, soit qu'il soit hors d'état de la fournir.

Il préfère, surtout lorsque son indigence réduit à rien ou presque rien toutes les déchéances qui frappent l'époux coupable, se laisser condamner par défaut. Le divorce qu'il désire autant que le demandeur a au contraire des chances d'être prononcé beaucoup plus facilement, puisque personne n'est là pour contredire les allégations qui sont produites en justice. Les preuves que le demandeur apportera devant le tribunal seront beaucoup plus fortes, si personne ne les interprète d'une autre façon. D'ailleurs si cela ne suffit pas, les magistrats ordonnent une enquête. Là des témoins seront entendus, déposeront sur des faits qu'ils dénatureront peut-être involontairement, personne ne les rectifiera, et à l'audience la conviction du juge sera faite. Bien souvent ces témoins même ne seront pas de très bonne foi, et leurs

dépositions, forcément empreintes de partialité vis-à-vis de l'ami qui les fait citer, seront interprétées dans un sens favorable au demandeur, sinon par le juge commis à l'enquête, du moins toujours par l'avocat qui présentera la cause, et contre lequel aucun adversaire ne viendra interpréter de toute autre façon les réticences, plus ou moins visibles qui se seraient certainement trouvées dans ces dépositions.

D'ailleurs, il n'y a qu'à suivre les audiences, qu'à consulter les statistiques, et on se rendra facilement compte qu'il est bien rare de voir qu'un divorce par défaut, après enquête, ne soit pas prononcé, tandis que l'on voit bien souvent renvoyés « dos à dos », selon l'expression habituelle, des plaideurs dans des divorces contradictoires.

On voit donc, à n'en pas douter, que le fait par l'un des époux de ne pas se défendre équivaut bien souvent, comme effet, à donner purement et simplement une adhésion tacite à la demande du conjoint. Elle rend l'obtention du divorce à peu près obligatoire ; et on arrive ainsi à user, par des moyens détournés, d'un mode de divorce que la loi proscriit absolument, et si la loi peut se tourner si facilement, il est évident qu'elle est mal faite et qu'il faut la changer et la modifier.

Nous disions tout à l'heure que l'époux défendeur peut articuler contre son adversaire des faits

admissibles, et ainsi faire à son tour une demande reconventionnelle, s'il n'a pas de faits il se servira, comme nous le disions, du moyen qui lui permettra de faire prononcer en sa faveur le divorce, motivé par l'articulation injurieuse non prouvée : ce serait là encore une sorte de consentement mutuel. Et cependant il faut bien convenir que, dans ce cas, la procédure est faite beaucoup plus sérieusement. L'enquête sera au moins contradictoire, et les affirmations des premiers pourront être contrôlées par les dépositions des seconds. Et dès lors il est évident qu'on prononcera le divorce si les époux ont des causes graves de le demander ; mais sera-ce seulement dans ces cas-là ? Certainement non ; le juge évidemment s'efforcera en conscience de le faire ; mais les époux pourront d'avance combiner leur affaire, préparer ces dépositions des témoins, leurs griefs respectifs en se ménageant ainsi très facilement le moyen de fournir respectivement la preuve des faits par eux articulés.

Il sera facile d'organiser une scène d'adultère avec un luxe de précautions pour faire constater le flagrant délit ; ou bien des scènes de violences ou d'injures fictives faites en présence de témoins. Du reste n'y a-t-il pas mille petits faits, insignifiants eux-mêmes, auxquels les domestiques assistent journellement, surtout dans un ménage désuni, et qui peuvent faire naître des dépositions

qu'un peu d'animosité, l'aigreur qui accompagne tous les procès et surtout même la mauvaise foi, auront vite fait de transformer en des faits assez grands pour faire prononcer le divorce. Il y a quelques années d'ailleurs, devant le tribunal de la Seine, s'est déroulé le procès d'une sorte d'agence qui se chargeait d'organiser pour les époux en instance de divorce des scènes d'adultères bien constatées, ou de violences et d'injures, destinées à procurer le divorce.

Des avocats, ils ne sont pas tous consciencieux et honnêtes dans la profession, connaissent bien les moyens, et ils sont nombreux, pour arriver au divorce, même lorsqu'il n'y a aucune cause que le désir de se désunir, l'incompatibilité d'humeur, si l'on veut, puisque la mode est aux grands mots surtout lorsque ces deux mots, sont dans la bouche des nombreux clients qui viennent trouver un avocat pour les défendre. L'avocat leur répondra peut-être dès le début : Trouvez un moyen, ou bien : Mais ce n'est pas une cause, n'avez-vous pas de griefs autres que cela. Et alors le client leur dit : Trouvez un moyen, je veux divorcer !..., c'est la parole qu'on entend souvent dans le silence du cabinet, et « l'avocat des divorces » échafaude des moyens et des systèmes très simples pour divorcer.

Nous prendrons une des causes les plus com-

munes, cause considérée par la loi de 1884 comme une injure grave : c'est l'abandon du domicile conjugal, ou le refus de le réintégrer. En 1792, c'était une cause fixe connue sous le nom d'abandon malicieux, aujourd'hui ce moyen est rangé dans la catégorie de l'injure grave.

La chose est bien simple : Deux époux s'entendent, c'est là le consentement mutuel, ils ne veulent plus vivre ensemble, ils ont assez de cette vie commune, qui souvent ne l'est que pour les réceptions ou autres choses officielles, car depuis longtemps ils vivent séparés, le cas est fréquent : il n'est pas rare de rencontrer des époux qui, hors les réceptions, ne se voient qu'à de rares intervalles, vivant chacun de leur côté, quelquefois même ayant un ménage différent de leur union commune, nous avons eu devant les yeux l'exemple d'une jeune femme, ayant des enfants habitant avec son mari, et refusant plusieurs jours de suite de descendre de sa chambre pour dîner avec lui.

Eh bien ! ces époux s'entendent, ils veulent divorcer. La femme s'en ira, abandonnera le domicile conjugal et après une sommation d'huissier, faite de connivence, elle refusera de réintégrer le domicile, cela sans donner de raison : voilà bien l'injure grave, voilà bien la cause de divorce. La femme ne se défendra pas et le jugement sera rendu *de plano*.

De nombreux jugements et arrêts abondent dans ce sens ; un arrêt de la Cour de Paris du 8 juillet 1886 est ainsi conçu (1) :

« L'abandon est par lui-même une injure, les circonstances qui l'accompagnent pourront seules lui enlever ce caractère. » — Dans le même sens : Paris, 11 février 1887. (*Gaz. du Palais*, 87. 1. 768.) — Paris, 18 avril 1888. (D. 90. Div. 12.)

Nous avons même eu sous les yeux un exemple plus récent : Un monsieur S... à Versailles en 1907, voulait divorcer, sa femme était âgée de vingt ans de plus que lui, ils s'entendirent, et décidèrent qu'une sommation serait faite par l'époux à la femme : la femme refusa de réintégrer sans donner de motifs, et le divorce fut prononcé *de plano*.

Il y a même des tribunaux qui vont plus loin, nous relevons ici un jugement du tribunal de Château-Thierry du 12 décembre 1901 (2) :

« Attendu, dit-il, que ce n'est qu'avec la plus grande circonspection et la plus sage prudence, que dans l'intérêt des parties, les tribunaux en l'état actuel de la législation doivent accueillir les demandes d'enquête en

1. S., 86. 2. 164.

2. *France Judiciaire*, 23 février 1901.

matière de divorce ; attendu d'ailleurs que les parties sont d'accord pour demander que le lien matrimonial qui les unit soit rompu ; que si le divorce par consentement mutuel n'est pas encore inscrit dans la loi, le tribunal pour bien apprécier la situation respective des époux, ne doit pas moins tenir le plus grand compte de l'expression de cette volonté, deux êtres ne peuvent malgré eux, être enchaînés à perpétuité l'un à l'autre...

Par ces motifs ;

Prononce le divorce...

Il est certain n'est-ce pas, que ces faits sont essentiellement regrettables et pourtant difficiles à éviter.

C'est une anomalie bizarre de voir un procès où les deux parties sont d'accord, et où elles sont cependant obligées de satisfaire à des rigueurs de preuve pour justifier le bien fondé de leur demande. Il y a là évidemment une conséquence de la nature du mariage. Il intéresse au plus haut point la société, et celle-ci a le droit et le devoir d'intervenir au moment de sa formation et plus encore de sa rupture. Mais il est en même temps d'un ordre si intime que le contrôle est bien difficile à exercer.

Si nous admettions le divorce par consentement mutuel, ce n'est pas que nous voudrions permettre aux époux de se désunir sans cause raisonna-

ble, mais parce que le contrôle des causes qu'ils invoquent, est trop difficile à faire, pour qu'il ne soit pas plus logique et plus sage d'en vérifier la sincérité non par des enquêtes mais par des épreuves. Et c'est pour cela qu'une procédure sagement combinée, sagement organisée permettrait aux époux par des actes renouvelés à certaines distances et par eux-mêmes, d'obtenir le divorce, sans la nécessité de dévoiler à des inconnus, ou à la publicité malsaine des journaux, leurs misères et leurs désespoirs. Et il n'est pas douteux que le système de 1804 paraîtrait dans ces conditions, éminemment sage. Les rigueurs dont on avait entouré le divorce par consentement mutuel, témoignent assez qu'on ne le considérait pas comme la cause même, mais bien comme la preuve qu'il y avait entre les époux, une cause grave de désunion que des motifs de dignité ou de délicatesse, empêchaient de révéler.

Une chose est cependant à craindre, c'est que les époux se laissent entraîner par des raisons sans gravité, légèreté, inconstance, simple dégoût, ou même influence d'une passion étrangère. Tous les efforts du législateur doivent tendre à ce qu'il y ait vraiment des causes graves de désunion.

« Que faut-il donc faire pour obtenir ce résultat, disait Treilhard, tracer un mode de consentement, prescrire des conditions, attacher des privations,

vendre enfin, s'il est permis de le dire, vendre si chèrement le divorce, qu'il ne puisse y avoir que ceux à qui il est absolument nécessaire qui soient tentés de l'acheter. » (*Moniteur* du 20 ventôse an II, t. XXVII, p. 695.)

C'est dans cet esprit que fut rédigé le titre VI du Code de 1804. Il est certain qu'on y avait introduit le divorce par consentement mutuel pour éviter les scandales des procès de cette nature, et c'est ainsi que s'explique le vrai motif de son existence.

Il suffit d'assister aux débats des procès en divorce pour sentir tout ce qu'il y a de triste et même d'odieux de voir deux êtres qui se sont unis pour s'aimer, se jeter à la tête les pires insultes et les pires outrages. Et quelle honte pour les familles, quelle honte plus tard pour les enfants lorsqu'ils apprendront toutes les infamies qui ont souillé leur nom et toutes les misères intimes de ceux qu'ils auraient dû toujours respecter, et qu'ils ne pourront que mépriser le plus souvent.

« Citoyens législateurs, disait Treilhard, parmi les causes indéterminées du divorce, il en est quelques-unes d'une telle gravité, qui peuvent entraîner de si funestes conséquences pour l'époux défendeur (telles par exemple que des attentats à la vie), que des êtres doués d'une excessive délicatesse préféreraient les tourments les plus cruels,

la mort même, au malheur de faire éclater ces causes par des plaintes judiciaires. Ne convenait-il pas pour la sûreté des époux, pour l'honneur des familles toujours compromis quoi qu'on puisse dire, dans ces fatales occasions, pour l'intérêt même de la société, de ne pas forcer à une publicité non moins amère pour l'innocent que pour le coupable ?

« L'honnêteté publique n'empêcherait-elle pas une femme de trainer à l'échafaud un mari quoique criminel ? Faudrait-il toujours et nécessairement pour terminer le supplice d'un mari infortuné, le contraindre à exposer au grand jour des torts qui l'ont blessé dans ses plus douces affections et dont la publicité le vouera cependant à la malignité publique ? L'injustice, sans doute, est ici du côté du public : mais se trouvera-t-il beaucoup d'hommes assez forts, assez courageux pour le braver ? Est-on maître de détruire tout à coup le préjugé, et ne faut-il pas ménager un peu l'empire de cette opinion quelquefois injuste, j'en conviens, mais qui peut aussi sur beaucoup de points atteindre et flétrir, quand elle est bien dirigée, des vices qui échappent aux poursuites des lois.

« Si le divorce pouvait avoir lieu dans des cas semblables, sans éclat, sans scandale, ce serait un bien... » (1).

1. Séance du 19 ventôse an II.

A cet avantage principal et considérable, il convient d'en joindre d'autres qui ne sont pas sans valeur. Le divorce par consentement mutuel doit être précédé d'une entente amiable en ce qui concerne les enfants et les intérêts pécuniaires des époux. Il semble que ces questions doivent être tranchées par les époux eux-mêmes, et non par un tribunal. Combien, en effet, voit-on souvent dans des divorces par défaut, où le demandeur a lui-même des torts, quelquefois plus graves que le défendeur qui ne se présente pas, les enfants confiés à la garde du requérant. Pourquoi ? pour la seule raison qu'il les demande, et le tribunal n'a même pas à s'occuper de la façon dont ils seront élevés, et si l'époux à la garde duquel ils seront confiés a les moyens de le faire. Combien voit-on parmi les employés, des enfants confiés à des mercenaires indolentes ou malpropres, et même ces malheureux êtres, seuls toute la journée, exposés à des compromissions et à des fréquentations de nature à développer chez eux les mauvais instincts qu'ils peuvent avoir, et qu'il est nécessaire de corriger.

Ces arrangements en ce qui concerne les enfants, s'ils étaient librement consentis, supprimeraient peut-être toutes les difficultés que rencontrent sur ce point les jugements prononcés par les tribunaux, et qui ont conduit le législa-

teur à faire la loi du 5 décembre 1901, qui n'est qu'une adjonction à l'article 357 du Code pénal, et qui punit d'un an de prison maximum et de 16 à 5.000 francs d'amende l'époux divorcé contrevenant à la décision des juges en ce qui concerne la garde de l'enfant.

Enfin l'accord mutuel, qui trancherait tous ces conflits et supprimerait toutes les difficultés et les haines d'un procès, permettrait aux époux de se séparer sans envenimer encore davantage la situation, et pourrait donner l'espérance d'une réconciliation future.

Pourtant le divorce par consentement mutuel a soulevé au moment de son apparition, et soulève encore bien des objections.

Si vous permettez aux époux, nous dira-t-on, de se séparer par le seul effet de leur volonté, vous donnez une prime à l'inconstance et à la légèreté. On verra des époux s'unir pour un temps, avec la volonté bien arrêtée de rompre au bout d'un certain délai : ce sera en quelque sorte un concubinage légal.

Cette objection est anéantie par notre système actuel lui-même. Croyez-vous donc que beaucoup de gens n'ont pas déjà maintenant en se mariant la même pensée. N'a-t-on pas entendu plusieurs fois des jeunes mariés venant vous dire au bout de quelques mois de mariage : « Oh ! je

me suis marié, c'est vrai, mais je savais bien qu'il y avait le divorce, et que j'aurais le moyen d'en sortir. » Et ils en trouvent bien le moyen même dans notre législation actuelle, il n'est pas besoin pour eux d'instituer le divorce par consentement mutuel.

Il est un autre reproche qui est formé contre ce moyen : En admettant même, dit-on, qu'ils se marient avec l'intention bien arrêtée de contracter une union durable, comment pourront-ils résister à des tentations quand ils sauront que, d'un commun accord, ils peuvent se désunir, et s'abandonner à des affections nouvelles. Les hommes sont ainsi faits qu'ils ne se trouvent jamais bien là où ils sont, que ce qu'ils possèdent ne les satisfait jamais, qu'ils ne trouvent rien de beau que ce qu'ils désirent, et qu'il est impossible de trouver toujours dans le mariage tout le bonheur désirable. A ceux-là il y a une réponse toute faite et très simple. Qu'ils ne se marient pas, personne ne les force à chercher dans une union quelconque un bonheur que, d'après eux, il est impossible de trouver. Il y aura toujours quelque endroit faible, où ne règnera pas une parfaite harmonie de désirs et de volontés, toujours une brèche par laquelle se glissera le désir d'un bonheur plus grand, ou peut-être simplement différent.

La lutte est toujours difficile et beaucoup y succombent, ne sera-t-elle pas encore bien plus difficile si vous supprimez le seul point d'appui solide sur lequel on base le bonheur, et le sentiment d'un lien sacré qu'une fantaisie ne saurait rompre, puisqu'on s'est donné pour toujours.

Ainsi, et c'est le grand argument, vous favorisez l'inconstance et la débauche, vous ruinez le mariage : en lui enlevant sa dignité, vous accroissez le nombre des divorces, que vous développez en y ajoutant une nouvelle cause, et vous augmentez par là le nombre de ces orphelins d'un nouveau genre, qui, bien qu'ayant encore un père et une mère, n'ont plus de foyer familial.

Il ne fait de doute pour personne, que ces arguments ont une certaine valeur, et ne manquent pas de force. Nous nous y rendrions certainement aussitôt si nous pensions que de tels résultats et de telles conséquences doivent en découler ; mais il est certain qu'on peut facilement les éviter en entourant le nouveau mode de divorce de toutes les mesures de prudence nécessaires : dès lors toutes les objections tombent d'elles-mêmes. Nous avons dès le début posé le principe que si nous admettions cette réforme ce ne serait qu'à la condition qu'elle apporte une modification heureuse à la législation sur le divorce, et cela sans en augmenter le nombre.

Nous allons maintenant rechercher quelles sont les garanties dont il faudrait l'entourer, pour prévenir tous les abus, quel qu'ils soient et en faire non point un moyen facile pour arriver au divorce, dans des cas où autrement il ne serait pas prononcé, mais bien un procédé plus digne et moins scandaleux, qui, coexistant avec le divorce pour causes déterminées, offrirait deux voies également difficiles pour aboutir au divorce, l'une par des discussions et des preuves, l'autre par des délais et des épreuves ; c'est à cette seule condition que nous pourrions admettre le divorce par consentement mutuel.

Nous avons étudié la loi de 1792, le Code de 1804, sans les commenter, il serait bon de les commenter et de les discuter, ainsi que les systèmes d'H. Coulon et de Paul et Victor Margueritte qui s'en rapprochent, et dans un paragraphe suivant nous examinerions les opinions extrêmes contenues soit dans le discours du garde des Sceaux, Martin Feuillée, au moment du rétablissement du divorce, soit dans les écrits ou les théories de nos auteurs et de nos politiciens.

CHAPITRE IV

LES DIVERSES THÉORIES EN PRÉSENCE

§ 1. — *Pour le consentement mutuel*

1^o *Loi de 1792.* — Les résultats que ce système a donnés dans la pratique pourraient nous dispenser d'en faire une étude et une discussion très approfondies, et cependant pour que notre impartialité ne soit pas mise en doute nous avons voulu la discuter, comme nous discuterons plus loin le Code de 1804.

Les abus que cette loi a engendrés témoignent assez éloquemment de l'insuffisance de garanties dont on avait entouré le divorce. Cependant on peut dire que, au moment de la période révolutionnaire, ils avaient plutôt leur source dans les événements politiques, et dans le bouleversement général des idées et des mœurs, que dans les vues mêmes de la loi ; aussi dans cette discussion, nous voulons seulement rechercher et ce ne sera pas difficile, les points principaux par lesquels péchait la législation de 1792.

D'une façon générale, et sans crainte de se tromper on peut dire qu'elle péchait par excès de facilité. Elle est empreinte de cette notion trop nouvelle et trop facile, que les époux pouvaient rompre le mariage par le seul effet de leur volonté : la seule volonté des époux avait suffi pour les unir, leur volonté seule devait être nécessaire à les désunir. On ne voulait point voir, ce que pourtant Treilhard disait quelques années plus tard, que le consentement seul ne suffit pas à briser un état, mais qu'il fallait pour cela des motifs graves, qu'on ne voulait pas divulguer.

On avait entouré ce mode de divorce de quelques formalités, et tout cela parce qu'on ne voulait pas dire qu'une simple manifestation de volontés était suffisante ; mais on n'avait pas mis autour du divorce cette barrière de difficultés que les époux doivent franchir, et qui montre bien une volonté persistante, de briser un lien qu'il n'y a plus moyen de conserver intact ; on avait créé une procédure, mais on ne s'était pas occupé des garanties.

Et puis cette assemblée de famille composée de parents et d'amis, nous n'en voyons pas bien l'utilité : elle ne servait qu'à désunir, ou simplement, quand elle n'excitait pas les époux l'un contre l'autre, elle ne faisait que constater sans donner de conseils ou essayer de concilier. Il est certain

que la présence d'un magistrat, dont la compétence était naturelle dans la matière, impartial, cherchant à réunir s'il y en avait encore eu le moyen, aurait été bien préférable. Le délai d'un mois, prolongé d'un autre mois s'il y avait des enfants, après lequel les époux n'avaient qu'à se présenter devant l'officier de l'état civil pour voir prononcer le divorce était bien insuffisant.

Il n'y avait pas d'autres épreuves, et alors il n'y eût rien d'étonnant à ce que très rapidement on constatât des choses effroyables auxquelles il fallut remédier rapidement.

2° *Système de Paul et V. Margueritte et de H. Coulon.* — Le système que prônent les deux grands écrivains que sont P. et V. Margueritte est une sorte de transaction entre celui de la loi de 1792, et celui du Code de 1804.

A la loi de 1792, ils ont emprunté la notion du tribunal spécial qui n'est pas celui des juridictions civiles ordinaires : ce n'est plus cependant ce tribunal familial composé de six parents ou amis, non c'est un tribunal arbitral composé de trois amis, gens mariés ou l'ayant été. Il y a un léger progrès, mais bien faible, et cependant ce tribunal moins nombreux que l'autre, composé de gens sérieux, moins prévenus contre l'un ou l'autre des époux, offrirait certainement beaucoup plus de garanties que le tribunal familial, et servirait de juges conciliateurs.

Quant aux questions de délais, il y a aussi une amélioration : deux déclarations faites à six mois de distance seraient nécessaires, et parfois même trois, ce qui ferait, selon les cas, six mois ou douze mois entre la première comparution. Il semble que ces délais sont encore bien courts, ou bien ces déclarations pourraient être plus nombreuses et moins espacées.

Et enfin, dans ce système, sont prévues les conventions relatives à la garde des enfants et à la pension alimentaire, ce que la loi de 1792 avait omis complètement de faire.

Mais là s'arrêtent toutes les innovations de ce système, et les modifications apportées à la période révolutionnaire. C'est peu : il y a bien la garantie du tribunal arbitral, et les délais de six mois ou un an, mais cela ne suffit pas à arrêter des époux décidés à divorcer, sans autre cause que leur propre désir de se désunir.

Le système de M. H. Coulon se rapproche davantage du Code de 1804. Il donne compétence au président du tribunal devant lequel les époux doivent se présenter quatre fois à trois mois d'intervalle, et ce ne sera qu'après l'année révolue après la première comparution, que le tribunal prononcera le divorce en chambre du conseil, et ordonnera la transcription sur les registres de l'état civil.

La marche générale du système de M. Coulon est bien à peu près la même que celle du Code de 1804, mais tout ce qui en faisait la garantie et la sagesse a disparu. Pas de consentement préalable des ascendants, suppression des notaires assistant à la tentative de conciliation, remplacés seulement par des majeurs de vingt-cinq ans ; aucune limitation basée sur l'âge des époux, ou sur la durée maxima ou minima des mariages ; pas de garanties enfin à l'égard des enfants, les premières victimes du divorce, et sur lesquels il n'est plus utile de faire aucun arrangement.

Il n'est pas douteux que le système de M. Coulon manque de nombreuses précautions, il veut l'entourer de garanties, mais celles qu'il propose ne sont pas suffisantes, et nous en trouverons de très intéressantes, en prenant chaque point de la discussion du Code de 1804.

3° *Le Code de 1804.* — Nous ne reviendrons pas sur l'étude détaillée de cette législation, et quoique la considérant comme sage et prudente, il n'est pas inutile de faire quelques restrictions. Il est bon aussi de discuter les points de détails qui peuvent paraître à nos législateurs modernes un peu trop empreints de sévérité, et destinés à empêcher le divorce même lorsque les époux sont désunis pour des causes graves.

L'expérience des nations qui sont encore régies

par le Code de 1804 nous montre que les divorces par consentement mutuel sont d'une extrême rareté par rapport aux autres, et ce n'est pas d'ailleurs ce dont nous nous plaindrions puisqu'il n'est qu'un moyen de cacher des choses trop graves, tandis qu'autrefois en Prusse et actuellement en Autriche, la proportion en est beaucoup plus forte parce que les facilités en sont beaucoup plus grandes.

Il est certain que le but que nous nous proposons n'est pas d'augmenter le nombre des divorces, au contraire, nous désirerions le voir diminuer, mais dut-il être le même, il serait peut-être bon dans un sens, de voir ce moyen s'augmenter en proportion d'une diminution du divorce pour autres causes, qui seraient scandaleuses et immorales. On dispenserait les époux de faire la preuve des causes qui les désunissent, mais on doit craindre les abus et s'efforcer de les éviter. Et cependant, croit-on qu'il faut rendre, par excès de prudence, impraticable une institution dangereuse, il est vrai, mais dont les résultats devraient être bons si elle était sagement organisée. Il est bien certain que ce n'est pas facile : et faire une loi qui soit assez sévère pour rebuter ceux qui n'ont pas de sérieux motifs, et assez sage et assez facile pour attirer ceux que des causes graves amèneraient au divorce, que le souci de l'honneur et de la di-

gnité, et la crainte de la honte éloigneraient de ces procès et de ces enquêtes soi-disant sensationnels, mais surtout immoraux et scandaleux, faire une loi, qui ait toutes sortes d'avantages sans aucun inconvénient, est une chose à peu près irréalisable.

Il est bien entendu qu'on conserverait les garanties du Code de 1804 : Pour divorcer par ce moyen le mari doit avoir plus de vingt-cinq ans, la femme, plus de vingt et un ans. Les époux doivent avoir plus de deux ans de mariage et moins de vingt ans, et la femme être âgée de moins de quarante-cinq ans.

Ces limitations sont fort sages, ainsi que nous l'avons dit dans l'exposé du Code de 1804. Il est certain que trop jeunes ils pourraient agir avec légèreté : on nous répondrait peut-être qu'ils se sont bien mariés à cet âge et qu'il n'y a pas de raison pour les empêcher de se désunir. Mais ce n'est pas semblable : il est certain que si le mariage est une chose sérieuse, le divorce mérite encore plus de réflexion : les choses ne sont plus les mêmes, il peut y avoir des enfants, et en tous cas il y a une organisation sociale nouvelle, qu'on ne peut détruire, sans démolir les bases de la société. D'ailleurs, ils peuvent réfléchir, puisqu'ils sont trop jeunes, et s'ils arrivent avec les mêmes idées

à l'âge où le divorce sera permis, à ce moment-là ils pourront se désunir.

Il en est de même de la raison qui empêche de le prononcer avant deux ans de mariage. Une résolution faite aussi hâtivement, n'est pas suffisamment raisonnée, et peut-être qu'en réfléchissant, on verra que les angles s'arrondissent, et qu'en se faisant des concessions mutuelles on arrivera à être heureux. Pour ce qui est de la limite extrême de vingt années, elle est évidemment très juste. Si pendant vingt ans, on a pu se supporter sans avoir le désir de se quitter, il est bien rare, qu'on ne se soit pas suffisamment habitué l'un à l'autre ; d'ailleurs il est peu probable qu'après ce temps on ait le désir de se créer un nouveau foyer. Si la femme a plus de quarante-cinq ans, on peut craindre qu'un époux trop jeune s'entende avec elle pour briser une union, qui ne lui apporte plus de satisfactions ou bien ne lui arrache un consentement par des mauvais traitements, des violences, ou des injures, et ne cherche à épouser une femme plus jeune, au mépris de tous les devoirs d'affection et de reconnaissance.

Dans aucun cas, et l'on conserverait encore le système de 1804, le divorce par consentement mutuel ne pourrait être autorisé et être prononcé, sans avoir obtenu d'abord le consentement des père et mère ou des autres ascendants vivants, en

suivant ces règles prescrites à l'article 150 du titre du mariage.

Le consentement des parents est, à notre avis, une des garanties les plus sérieuses que l'on puisse imaginer. Mûris par l'âge et l'expérience et connaissant les griefs des deux époux l'un contre l'autre, guidés par leur affection, ce sont les conseillers les meilleurs dans une chose aussi grave. Nous ne les confondons pas avec ces réunions de famille qu'on appelait pour des tentatives de conciliation et qui épousant les griefs de chaque époux, ne faisaient qu'envenimer la situation, et n'essayaient en aucune façon de concilier les époux. Au contraire le consentement des parents donné à chacun de leurs enfants en particulier, et lorsqu'on pouvait expliquer les motifs graves de la désunion est une chose excellente, et qui dira vraiment s'il est préférable que la séparation soit faite d'un commun accord, par une procédure peut-être plus longue, mais sûrement plus silencieuse et moins tapageuse que l'éclat d'un procès.

Une fois ce consentement et cette autorisation obtenus, les époux devront la faire constater par un acte authentique et la remettre au président du tribunal, au moment de la première comparution. Le Code de 1804 exigeait que cette autorisation fût renouvelée chaque fois ; nous croyons que cela est inutile, elle sera faite une fois pour toutes. Il est peu

plausible que les parents viennent à changer d'avis, ils sont assez âgés pour savoir ce qu'ils ont fait, surtout après le temps de la réflexion qu'ils ont pu prendre. Et c'est pour cela que la constatation en serait demandée par acte authentique, pour éviter toute surprise, ou même toute violence.

L'obligation faite aux parents de rapporter chaque fois leur consentement pourrait être une mesure vexatoire et pourrait être fort gênante si les parents habitaient au loin et elle n'aurait qu'une utilité fort discutable. D'ailleurs les parents eux-mêmes, qui, malgré leur présence nécessaire, en tant qu'autorisation, ne sont aucunement parties au procès, tellement agacés et ennuyés par ces formalités répétées, n'ayant pour eux aucun intérêt, seraient capables de refuser leur consentement, pour la simple raison qu'alors ils ne s'occuperaient plus de rien.

Si, d'ailleurs, les parents refusaient leur consentement, on pourrait appliquer le système des actes respectueux de la même façon que pour le mariage.

Il faudrait maintenir tout ce qui concerne les arrangements à intervenir entre époux, relativement à la garde des enfants, à la résidence de la femme, à la pension qui devra lui être servie. Ils devront faire inventaire de tous leurs biens et régler leurs droits respectifs ; on pourra aussi

donner à ce règlement l'authenticité obligatoire par la présence d'un acte notarié. En tous cas toutes ces formalités seront la condition préalable à l'admission de la demande.

La marche générale du titre VI pourrait être conservée, tout au moins dans ses grandes lignes et peut-être avec de simples modifications de détails.

Les époux se présenteront en personne, devant le président du tribunal civil de leur arrondissement, ou devant le juge qui en fera les fonctions, et lui feront la déclaration de leurs volontés « en présence de deux notaires », dit l'article 281. Un seul notaire suffirait selon nous. Autrefois dans les actes authentiques on exigeait aussi la présence de deux, maintenant que cela est réduit à un (1), on pourrait également appliquer le même système à ce mode de divorce.

Cette déclaration sera renouvelée dans la première quinzaine des quatrième, septième et dixième mois. Dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année, à compter de la première déclaration, les époux, assistés chacun de deux témoins, sans spécifier d'âge, se présenteront ensemble devant le président du tribunal ; ils leur remettront les expéditions en bonne forme des qua-

1. Loi du 12 août 1902.

tre procès-verbaux contenant leur consentement mutuel et tous les actes annexés, et requerront séparément, en présence des quatre témoins, l'admission du divorce.

Les pièces seront communiquées au Procureur de la République et sur ses conclusions écrites, il sera référé du tout, par le Président, au Tribunal en la Chambre du Conseil ; si les conditions et formalités exigées par la loi sont remplies, le tribunal permettra le divorce, dans le cas contraire, il le refusera.

En vertu du jugement qui admettra le divorce ; et dans les 20 jours de sa date, les parties se présenteront ensemble et en personne devant l'officier de l'état civil pour faire transcrire le divorce.

Il est sans contredit que cette procédure entouerait le divorce par consentement mutuel, de sérieuses précautions, sans pourtant l'environner de difficultés trop complexes.

On pourrait peut-être réduire le délai de remariage à deux années ; moins serait le rendre trop désirable. Et il faut éviter que ce mode de divorce soit la ressource de ceux que le désir de contracter une union nouvelle, pousse seul à rompre des liens dont ils se sont lassés. D'ailleurs pas de différence pour l'homme et pour la femme, le délai sera le même, il n'y a plus là de crainte de confusion de part. D'autre part, il est impossible de faire per-

dre comme pour des causes déterminées, le bénéfice des avantages qu'ils s'étaient fait réciproquement, on ne sait en aucune façon quel est le coupable et le divorce n'étant prononcé aux torts d'aucun des époux, on ne peut édicter de déchéances contre aucun d'eux.

Dans le Code de 1804, il est pris des mesures en ce qui concerne les enfants, et c'est ce point qu'il sera bon de discuter.

L'article 305 est ainsi conçu :

« Dans le cas de divorce par consentement mutuel, la propriété de la moitié des biens de chacun des deux époux sera acquise de plein droit, du jour de leur première déclaration, aux enfants nés de leur mariage : le père et la mère conserveront néanmoins la jouissance de cette moitié jusqu'à la majorité de leurs enfants, à la charge de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation, conformément à leur fortune et à leur état ; le tout sans préjudice des autres avantages qui pourraient avoir été assurés auxdits enfants par les conventions matrimoniales de leurs père et mère. »

Faudrait-il laisser cet article abrogé, faudrait-il le remettre en vigueur tel qu'il était, ou lui apporter des modifications ?

La nature de cette disposition est assez délicate à définir. Si c'est une déchéance à l'égard des

époux, et, à notre avis, c'en est peut-être une, il faudrait l'abolir absolument. Si l'on crée un mode de divorce plus juste et moins scandaleux, ne devrait-on pas engager les époux à s'en servir ? Ceux qui divorceront par ce moyen ne sont-ils pas les plus intéressants puisqu'ils ont des causes tellement graves de le faire, qu'ils ont le désir de ne pas souiller au grand jour, par des débats publics, le nom de leurs familles et celui de leurs enfants. Alors pourquoi leur donner une faveur, si, immédiatement, on la compense par une déchéance excessivement forte ?

Il est vrai que la plupart du temps l'article 305 ne pourra s'appliquer : s'il n'y a pas d'enfants d'abord, s'il n'y a pas de fortune ensuite ; en effet, comme nous l'avons vu en ce qui concerne le deuxième cas, il y a beaucoup plus de divorces dans les classes pauvres que dans les classes riches, et c'est en cette matière que les bureaux d'assistance judiciaire ont le plus à faire. Mais prenons un exemple où cet article aurait son application : un commerçant ou un industriel, qui a besoin de toute sa fortune pour faire marcher ses affaires, irait rapidement à la ruine s'il lui fallait d'un jour à l'autre se priver de la moitié de ses biens. Et alors pourquoi ne pas frapper tous les époux divorcés ? si c'est une déchéance, elle de-

vrait s'appliquer à tous, et non particulièrement à ceux qu'on devrait plutôt favoriser.

Et cependant quand l'article 305 a été édicté il y avait, certes, un but plus élevé : c'était l'intérêt des enfants. C'est qu'en effet en matière de divorce la question a évidemment un intérêt primordial : nous n'allons pas jusqu'à dire que l'on doive leur sacrifier celui de leurs parents ; non, et cependant ils n'ont pas demandé à naître et les parents, responsables de leur existence, doivent se sacrifier à eux. Il y a certainement là un argument qui a sa force au point de vue moral, mais en est-il de même au point de vue social ?

La raison d'être des parents n'est pas uniquement d'avoir et d'élever des enfants. Cela tiendrait alors à couvrir la terre d'un nombre incalculable de personnes, sans songer à la civilisation et au progrès. Non, chaque homme a, en dehors de ses devoirs de famille, sa personnalité propre ; il a un rôle à remplir, il est le rouage, infime peut-être, mais utile quand même, d'une société organisée qui a besoin de lui, et ce serait folie de sacrifier des individualités agissantes et nécessaires à la société, à celles qui n'offrent que l'espérance d'une utilité future. Il n'est pas douteux, et nous nous plaisons à le reconnaître que les générations des jeunes sont l'espoir d'une société future, qu'elles y apporteront un regain d'activité, et c'est

pour cela qu'il faut faire quelque chose pour elle, sans cependant leur sacrifier ce qui est indispensable, c'est-à-dire leurs parents.

Pourquoi, si l'on maintenait l'article 305, ne pourrait-on pas l'étendre aux enfants de tous les parents divorcés, quel que soit le motif de leur désunion, pour causes déterminées ou par consentement mutuel. Il nous semble que la proposition en fut faite au cours de la discussion, au moment du rétablissement du divorce en 1884. M. Bufnoir, dans une séance de la Société de Législation comparée (1), prétendait qu'il fallait mettre en évidence un certain point de la question des séparations de corps et des divorces. Le fondement des déchéances imposées à l'époux coupable, à Rome, était la conséquence de la théorie générale des peines privées. Chez nous, elles paraissent être la réparation du préjudice causé. Prenons, par exemple, le cas de pension alimentaire, cette obligation se trouve être la réparation en quelque sorte de la rupture prématurée de l'union conjugale. L'idée des peines pécuniaires vaut la peine d'être examinée, et même organisée en vue d'arrêter le chiffre progressant toujours du nombre des séparations de corps. Il est évident que la question aujourd'hui remise en vigueur serait d'actualité au moment où l'on

1. *Bulletin de la Société*, 1881-1882, p. 170.

constate encore le chiffre grossissant de plus en plus du nombre des divorces.

Dans l'ancienne législation de la Prusse, il y en avait une application. L'époux qui obtenait le divorce, sans aucun des cas déterminés par la loi, et qui n'invoquait qu'une aversion invincible contre l'autre conjoint, était déclaré coupable et condamné à payer une indemnité.

Si l'on était décidé à faire une mesure générale de l'article 305, et sans prétendre même qu'il serait actuellement une déchéance, frappant les époux divorcés, ni une mesure instituée exclusivement en faveur des enfants, on pourrait peut-être l'admettre, mais avec quelques restrictions et quelques différences dans le taux, comme nous le verrons tout à l'heure. Mais si l'on veut en faire une mesure spéciale au divorce par consentement mutuel, il est certain que notre avis serait de le supprimer absolument dans le nouveau texte de loi.

Il n'est pas douteux que le législateur de 1804 a voulu entourer le divorce par consentement mutuel de nombreuses difficultés de nature à arrêter ceux qui n'auraient pas de motifs graves pour passer outre sans hésitations. Il a bien fait ; et il a parfaitement compris que les sacrifices d'argent sont toujours les plus pénibles, et que la perte de la moitié de la fortune, si grande soit-elle, était toujours une épreuve redoutable à franchir.

Le principe était posé, il était bien naturel d'en faire profiter les enfants. Il ne faut pas en déduire que les enfants sont parties au contrat de « mariage ». N'existant pas, ils ne peuvent pas plus contracter par la bouche de leurs parents qu'ils ne peuvent le faire eux-mêmes. Il est tout naturel cependant que l'homme a un devoir à remplir vis-à-vis de ses enfants : la loi positive l'a reconnu et le sanctionne. Il est bien naturel que les époux qui privent leurs enfants du foyer familial, réparent par des sacrifices le dommage qu'ils leur causent ; mais il y a un moyen simple, appliqué tous les jours, c'est le système des pensions auquel le tribunal condamne toujours l'époux coupable vis-à-vis de la femme à qui est confiée la garde de ses enfants.

En principe, disions-nous plus haut, si l'on n'étend pas le système de l'article 305 à tout mode de divorce, il ne faut pas le rétablir. S'il y a une extension légale, alors il est bon de l'examiner un instant. Il est certain que la quotité de moitié est beaucoup trop forte. Et la conséquence toute naturelle est que les époux n'auraient jamais ou presque jamais recours à ce mode de divorce qui pour eux serait fatalement la ruine. Et c'est peut-être à la clause de l'article 305 que nous devons rapprocher le nombre infime des divorces prononcés par ce motif, dans les pays que régit encore actuellement le Code de 1804.

Il serait plus juste de décider qu'un quart ou même un cinquième seulement de la fortune des conjoints, passerait sur la tête de leur enfant s'ils n'en ont qu'un, un quart ou un tiers s'ils en ont deux, et enfin un tiers maximum s'ils en ont plus. Priver les parents du tiers de leur fortune est déjà un chiffre énorme, et qu'il ne faudrait pas dépasser. Et alors cette part de la fortune passerait, non seulement aux enfants issus du mariage, mais même aux enfants légitimes issus d'un précédent.

Voilà, en se basant sur le Code de 1804 et après l'avoir discuté, ce que pourrait faire la législation en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel. Il semble qu'elle répond victorieusement à toutes les objections possibles ; l'intérêt des époux, et l'honneur de toute une famille, pourraient être sauvegardés par la possibilité de rompre sans éclat et sans disputes. La société et la morale publique y gagneraient probablement, sans avoir à craindre des abus, qu'on s'efforcerait, par tous moyens, d'empêcher, et qu'avec le système proposé, il serait impossible de voir se produire.

4° *Opinions diverses.* — Après avoir discuté les théories types de la loi de 1792, de MM. Paul et Victor Margueritte et enfin le Code de 1804, il est bon de connaître les opinions diverses, de ceux favorables à notre époque au divorce par consentement mutuel, soit dans un sens restrictif, soit

dans un sens extensif, pouvant aller jusqu'à la répudiation et même à l'union libre.

Naquet, le grand législateur qui fut, en son temps, le promoteur du divorce, écrivait, il y a vingt-cinq ans :

« Je suis pour la solution la plus large relativement au divorce, parce que j'ai, au plus haut degré, le respect de la liberté individuelle, et que je ne puis admettre en aucun cas que la loi puisse contraindre les citoyens corporellement dans un ordre de choses où, en dehors de la libre volonté, il n'y a plus que dégradation, immoralités révoltantes. Je suis pour la solution la plus large, parce que, en imposant aux époux qui veulent divorcer, l'obligation d'exciper des causes déterminées, on les incite à commettre des actes blâmables qui leur fournissent des motifs de divorce exigés par la loi.

On nous parlera ici encore de l'intérêt des mœurs.

On nous dira que si l'on rend le divorce plus facile par l'introduction du divorce par consentement mutuel, la corruption s'introduira rapidement dans la société.

Nous répondrons d'abord que le divorce ne sera pas plus facile à obtenir, que ce n'est d'ailleurs pas là le but cherché, que ce que nous demandons, c'est moins d'hypocrisie dans la loi, et par suite

plus de justice, que le divorce par consentement mutuel existe en fait, s'il n'existe pas en droit ; que ce sont des procédés peu loyaux et peu dignes de la justice qui sont appliqués aujourd'hui que nous voulons voir disparaître. Nous répondrons par là à ceux qui repoussent la réforme, en disant que si on l'acceptait le mariage ne serait plus qu'une association éphémère, que les mœurs iraient en s'altérant de jour en jour, au grand préjudice des sociétés auxquelles la corruption est mortelle.

Le divorce par consentement mutuel, en le supposant établi sur des bases aussi larges que possible, n'entraînerait donc pas la corruption des mœurs : il ne multiplierait pas le nombre des ménages qui se désunissent, et nous croyons même que, toutes choses égales, il le diminuerait. »

Il ne faut pas aller jusqu'à l'optimisme de M. Naquet et prétendre qu'avec cette nouvelle cause, le nombre des divorces diminuerait, au contraire, il y a beaucoup plus de chances qu'il augmente ; en effet, introduisant une cause de plus que celles actuellement inscrites dans la loi, on verrait par ce fait même l'augmentation de leur nombre.

Le sénateur Delpech émettait les mêmes opinions et allait même jusqu'à autoriser la rupture du lien conjugal par la volonté d'un seul :

« Il faut rendre aux époux, dit-il, le droit entier de rompre par un mutuel consentement ou à la

demande d'un seul, un lien qui n'a plus de raison d'être, dès que les sentiments qui en furent la cause n'existent plus. L'union est rompue en fait, dès que l'accord n'existe plus, et la demande de l'un des deux contractants doit suffire pour imposer la rupture légale. Il s'agit ici d'un droit primordial dont la loi ne doit pas restreindre l'exercice. Pour justifier les restrictions que comporte la loi actuelle, on invoque l'intérêt social, et celui des enfants ; ce ne sont que sophismes. L'intérêt de la société, des époux et des enfants eux-mêmes, réclame la rupture légale d'unions mal assorties, qui sont les causes permanentes de désordres et de douleurs, sans bénéfice pour personne. Le ou les demandeurs ne doivent pas d'explications au magistrat. La libre expression de leur volonté suffit, après les délais nécessaires, pour éviter les décisions irréfléchies. »

Gerville-Réache, Paschal Grousset, Abel Hermant, Périller, Raymond Poincaré, Gustave Toudouze et bien d'autres encore sont partisans du divorce par consentement mutuel.

Nous avons trouvé une opinion qu'il nous semble bon de transcrire intégralement, elle est celle de M^{me} Marcelle Tinayre, le romancier bien connu.

« Oui, dit-elle, je suis partisan du divorce par consentement mutuel, et même du divorce par la volonté d'un seul, sous cette réserve que les

intérêts matériels et moraux des enfants et de la femme soient sauvegardés, quelque moyen que ce soit (convention à l'amiable, ou intervention des magistrats). Je souhaite donc que les législateurs, plus respectueux de la liberté individuelle, accordent bientôt aux époux mécontents, toute facilité de se séparer sans débats honteux et sans comédie judiciaire.

« Le maire demande-t-il aux conjoints pourquoi ils se plaisent, et pourquoi ils ont résolu de s'épouser ? Il est un peu ridicule et tout à fait odieux de leur demander pourquoi ils ont cessé de se plaire et pourquoi ils ont résolu de se séparer. Ces choses intimes ne regardent personne. Chacun doit arranger sa vie, comme il lui convient, pourvu qu'il ne fasse pas de tort à autrui. D'ailleurs, les obstacles apportés au divorce — soi-disant dans l'intérêt des enfants et par respect pour le caractère sacré du mariage — n'empêchent pas des gens qui se détestent, de s'en aller chacun de son côté. De même toutes les libertés nouvelles accordées aux époux ne feront pas qu'il y ait en France un seul bon ménage de moins. Les lois doivent être faites pour les individus et non les individus pour les lois. Mais il me paraît assez naïf de réclamer à tue-tête des droits qu'il serait tout simple de prendre. Et des gens qui vivraient en « union libre », ayant reconnu leurs enfants et

réglé leurs situations respectives par un contrat devant notaire, avec donations, legs, etc., seraient tout aussi protégés et beaucoup moins tyrannisés par les lois que des époux légitimes. »

Il est évident, n'est-il pas vrai, en lisant ces quelques lignes de Marcelle Tinayre, que nous avons transcrites littéralement, il est évident que la suppression du mariage, serait pour ce romancier, un bien plutôt qu'un mal ; elle va d'une extrême à l'autre, à l'aide de paradoxes, et il est heureux que ses idées ne sont pas suivies et ne sont pas près de l'être, il faut bien l'espérer.

Nous retournerions avec ses théories, à l'époque de la décadence romaine ; et ces quelques lignes montrent qu'elle ne veut pas discuter : elle émet des idées tout à fait personnelles, et elle espère que tout le monde se ralliera à ses théories.

Nous avons voulu étudier toutes les opinions favorables au consentement mutuel, nous voulons aussi par esprit d'impartialité, réunir tous les arguments de l'autre théorie, celle des adversaires de ce mode ou de ce moyen de divorce.

§ 2. — *Contre le consentement mutuel*

Au moment du rétablissement du divorce en 1884, l'un des plus grands ennemis du divorce

par consentement mutuel, et on peut bien le dire, celui qui s'opposa le plus à son rétablissement fut M. Martin-Feuillée garde des Sceaux, ministre de la Justice et des Cultes, qui dans un très beau discours, formula toutes les objections des adversaires du consentement mutuel comme mode de divorce. Tous ses adversaires actuels, ne font que reprendre les arguments de M. Martin-Feuillée, et c'est pour cela qu'il nous a paru bon, en les étudiant, d'apporter les quelques passages de ce discours qui s'y rattachent intimement (1).

Les arguments de ceux qui sont opposés au divorce par consentement mutuel, tout en le comprenant pour causes déterminées, se basent d'abord sur ce point qu'il ne faut pas considérer le mariage comme un contrat ordinaire qui peut se former et se dissoudre par le simple accord de volontés des concluant, ainsi que le faisait la loi de 1792 qui d'ailleurs eut des effets déplorable.

« Je crois, en effet, dit M. Martin-Feuillée que les législateurs de 1792 et aujourd'hui encore beaucoup de partisans du divorce, commettent une erreur grave, en prenant pour point de départ de leur argumentation l'idée que le mariage est un contrat ordinaire. Les législateurs de 1792 avaient décidé que le concours des volontés qui l'avaient formé pouvait le dissoudre...

1. *Journal officiel* (1884, Sénat), p. 989 et suiv.

« On ne connaît pas exactement dit-il plus loin les résultats de cette législation en province, où il semble qu'elle ne pénétra guère, on a recueilli ces résultats à Paris.

« Dans les vingt-sept mois qui suivirent la promulgation de la loi, il y eut 5.994 divorces prononcés à Paris, c'est un chiffre égal à celui des séparations de corps qui à l'heure actuelle, se prononceraient pendant la même période dans la France entière.

« Le mal alla grandissant. Dans les trois premiers mois de 1793, le nombre des divorces égala celui des mariages. Dans le seul mois de pluviôse an III, il y eut 223 demandes de divorce dont 205 formées par des femmes pour incompatibilité d'humeur.

« Non seulement, dit-il encore, le mariage n'est pas un contrat ordinaire, mais il n'est même pas vrai de dire en thèse générale, que tous les contrats peuvent se dissoudre par le concours des volontés qui les ont formés. Cette règle n'existe à proprement parler que dans les contrats à titre onéreux, et c'est avec beaucoup de raison que M. Jules Simon, dans un discours qu'il prononçait à la dernière séance, vous a parlé du contrat d'adoption qui est irrévocable. On doit placer en dehors des conventions révocables toutes celles qui touchent à l'état des personnes ; c'est ainsi qu'aucune convention ne saurait dans aucun cas

dénouer les liens qui unissent les parents et les enfants, et les dégager des droits et obligations qui en résultent. »

Les adversaires du divorce par consentement mutuel prétendent que le principe fondamental du mariage est d'être indissoluble, il doit être contracté dans une pensée d'union perpétuelle, qu'il n'est pas dans la nature humaine de se marier avec l'intention de se séparer, et que d'ailleurs les jurisconsultes romains, eux-mêmes, définissaient le mariage un *consortium omnis vitæ*.

Il peut se faire, disent-ils, qu'une union soit malheureuse, et le divorce pour causes déterminées est un palliatif, mais le divorce par consentement serait la porte ouverte aux passions, aux faiblesses, et aux vices de l'humanité. Quelle garantie apporte-t-on au divorce par consentement mutuel : le consentement des parents ? Cette garantie sera illusoire dans beaucoup de cas : d'abord quand les parents des époux sont morts, et ensuite ne constate-t-on pas que ce sont les parents eux-mêmes qui incitent au divorce, et que souvent leur influence néfaste se fait sentir dans les procès.

« Je ferai observer, tout d'abord, dit Martin Feuillée, qu'il y a un cas où cette garantie n'existera pas, celui où les époux n'ont plus d'ascendants vivants. Et puis, quelle est en somme la valeur de cette prétendue garantie. Ici Messieurs je

vous demanderai la permission de faire une citation. Voici ce qu'en pensait Tronchet en l'an X, il disait : c'est une espérance bien vaine que celle qui fait croire que des ascendants tempéreront les passions et empêcheront le divorce, lorsqu'il ne sera pas réellement nécessaire. L'expérience a détruit depuis longtemps cette illusion. Qu'on interroge les hommes de loi, les magistrats, même les individus qui vivent de divorce, tous attesteront que l'intervention des familles est une ressource abusive.

« Messieurs, je partage absolument ce sentiment, et sans vouloir renouveler ici cet argument, tiré de l'influence néfaste de la belle-mère, qu'on retrouve au Palais dans presque tous les procès en divorce, et qui est devenue banale, peut-être à force d'être vraie, j'interrogerai à mon tour les magistrats, les avocats, les avoués, les hommes d'affaires, et ils sont nombreux dans cette enceinte, et je dirai n'est-il pas vrai que dans les tristes confidences que vous avez reçues des mauvais ménages, vous avez constaté que les ascendants étaient trop souvent la principale cause de cette désunion, et le plus grand obstacle à la réconciliation des époux. »

Les adversaires discutent la garantie à leur avis inexistante, qui consiste à obliger les parents à faire abandon de la moitié de leur fortune à leurs enfants. Il y a deux cas, disent-ils, où l'argument

des partisans est illusoire : c'est d'abord le cas où les parents n'ont pas d'enfants, et en outre le cas où les parents n'ont pas de fortune personnelle. N'y a-t-il pas en effet la majorité des divorces qui rentrent dans cette catégorie, et il n'y a qu'à consulter les statistiques du ministre de la Justice pour savoir qu'il y a plus des deux tiers des demandes qui bénéficient de l'assistance judiciaire.

Ces arguments sont réunis, dans les quelques lignes empruntées au discours de l'ancien garde des Sceaux, et transcrites intégralement.

« Il y a encore dans le Code civil, dit-il, une seconde garantie pour le cas de divorce par consentement mutuel ; elle consiste à imposer aux parents l'abandon de la moitié de leur fortune à leurs enfants. Ici se placent deux observations préliminaires : D'abord, il est possible qu'il n'y ait pas d'enfants ; et très souvent dans les mauvais ménages qui entraînent des divorces ou des séparations il n'y a pas d'enfants. M. Naquet nous l'a appris et la garantie alors disparaît.

« Il est possible qu'il y ait des enfants et qu'il n'y ait pas de fortune à abandonner, cela arrivera même bien souvent, car, Messieurs, il y a un renseignement qu'il était utile de donner : sur 2.800 séparations de corps prononcées, 1670 l'ont été avec l'assistance. »

« Pourquoi l'établir, invoque-t-on encore comme argument, si on veut l'entourer de garanties et de nécessités telles qu'elles soient tellement difficiles à remplir que le divorce par consentement mutuel soit impossible à obtenir. Ou bien alors si la cause semble trop grave et qu'elle ne puisse être divulguée sans scandale, le tribunal devrait s'incliner et prononcer le divorce, sans qu'on lui donne les raisons de cette rupture. Il n'est pas possible, objecte-t-on, que les tribunaux soient réduits au rôle muet d'une formalité d'enregistrement, il n'est pas possible que l'Etat n'ait pas à intervenir, et son droit est de le faire par les magistrats qui le représentent, et enfin, à quoi bon du consentement mutuel pour le divorce, alors qu'on s'en est toujours bien passé pour la séparation de corps.

« Les partisans du divorce par consentement mutuel, dit M. Martin Feuillée, font observer en outre que le Code civil avait imposé des délais ; qu'il y avait des formalités nombreuses, difficiles à remplir, qu'on ne sait même pas bien, si, sous l'empire du Code civil, il y a eu des divorces par consentement mutuel. Si cela est vrai, Messieurs, la réponse vient toute seule sur les lèvres : alors pourquoi l'établir ?

« Mais on insiste, on suppose — et c'est là le seul argument qu'on ait jamais invoqué en faveur

du divorce par consentement mutuel — on suppose qu'il peut se rencontrer une cause grave de désunion, et qu'il y ait un intérêt considérable à ne pas la faire connaître au tribunal.

« M. Léon Renault exprimait cette idée, à la Chambre des députés, dans un discours très éloquent il disait : dans ce cas le tribunal n'a qu'à s'incliner et à dire : Je ne connais pas la cause pour laquelle le divorce est réclamé, mais je suis sûr qu'elle existe.

« Je ne puis, Messieurs, m'associer à ce langage, il bouleverse absolument toutes les idées que je me suis faites de la justice de mon pays. Je ne puis pas admettre que les tribunaux en soient réduits à une sorte d'obligation d'enregistrement, et d'enregistrement de quoi ? de la volonté, des fantaisies, des caprices des plaideurs. Quand il s'agit d'une affaire aussi grave que le divorce, l'Etat a incontestablement le droit d'intervenir, et il intervient tout naturellement par les magistrats qui le représentent.

« Le consentement mutuel n'est point admis pour la séparation de corps, pourquoi l'admettre pour le divorce ? »

Les adversaires de ce mode de divorce objectant encore que de nombreux pays ne l'admettent pas, qu'ils ne se trouvent que mieux et qu'ils ne cherchent aucunement à l'établir, que l'Allema-

gne même qui l'admettait autrefois, l'a aboli par une loi de 1896 exécutoire depuis le 1^{er} janvier 1900.

Mais, disent-ils encore, et c'est là leur dernier argument, qui, à notre avis, a le plus de force et le plus de valeur, si vous admettez le consentement mutuel, quelles que soient les formalités et les garanties, il viendrait certainement un moment où l'on tendrait à élargir ce mode de divorce, où, puisque le principe en lui-même serait admis, on prétendrait que ce n'est pas pour que l'application en soit impossible, et on aplanirait les difficultés et les garanties. Et ainsi, disent-ils, vous arriveriez au régime de la loi de 1792, qui a donné de si funestes résultats que la crainte de la seule prévision des conséquences qu'elle eut, possibles par l'introduction du consentement mutuel serait de nature à le proscrire complètement non seulement des débats parlementaires, mais même de la pensée des législateurs.

« C'est en vain, dit Martin Feuillée, que vous multipliez les garanties, les formalités, le moment viendrait nécessairement où l'on vous demanderait d'être logiques avec vous-même et où l'on dirait : Puisque vous avez admis le principe, ce n'est apparemment pas pour que l'application en soit impossible : nous ne demandons pas qu'on la rende facile, mais simplement possible. Et l'on

réclamerait alors des atténuations aux formalités, aux garanties que vous auriez stipulées.

« Sur cette pente glissante, on finirait par revenir à la législation de 1792. Les conséquences qu'elle produisit se reproduiraient encore, car le divorce par consentement mutuel a produit les mêmes effets dans tous les temps, sous les empereurs romains aussi bien qu'en 1792. »

Il n'est donc pas douteux, ainsi que l'on peut s'en rendre compte par ces quelques observations, que les adversaires du divorce par consentement mutuel suivant et suivront toujours les théories types soutenues à la tribune par l'ancien garde des Sceaux. Beaucoup encore, au moment où la discussion sera portée devant la Chambre des députés, beaucoup s'opposeront à son rétablissement, en invoquant les idées que nous venons de reproduire, et qui, peut-être, feront discuter, longuement, lorsque les projets de loi que nous nous proposons d'étudier dans le chapitre suivant seront portés à la tribune.

CHAPITRE V

LES DIVERSES PROPOSITIONS DE LOIS

SECTION I

Proposition de loi Morlot

Après avoir examiné les opinions émises soit à la tribune, soit dans leurs écrits, soit dans leurs livres, par les apôtres du consentement mutuel, ou par ses adversaires, il est bon maintenant d'étudier un peu les travaux parlementaires.

La proposition de loi de M. E. Morlot présentée à la session extraordinaire de 1905 et annexée au procès-verbal de la deuxième séance du 15 décembre 1905 (1) avait pour but de modifier la loi du 17 juillet 1884 sur le divorce, et de rétablir le divorce par consentement mutuel.

Une analyse est nécessaire pour connaître cette proposition nouvelle.

M. Magnaud, président du tribunal de Château-Thierry, adresse à la Chambre des députés une

1. N° 2863. Chambre des députés, huitième législature. Session extraordinaire de 1905.

pétition dans laquelle il souhaite de voir la loi s'augmenter de nouvelles causes de divorce, telles que l'aliénation mentale, la séparation pendant un an, l'absence pendant deux ans, l'impuissance, les infirmités dégoûtantes et incurables, les fausses dénonciations d'un époux contre un autre, l'acquisition d'un gain déshonnête, etc., etc., et il désire que le divorce puisse être prononcé par déclaration de volonté unilatérale, et par consentement mutuel.

M. Morlot, qui n'a pas absolument les mêmes idées que le président Magnaud, fait un exposé rapide du divorce par la volonté d'un seul et par le consentement mutuel. A l'époque romaine il nous montre la répudiation pratiquée, fait l'exposé de la loi de 1792 et enfin arrive à celle de 1884. Il reprend la thèse des pays qui acceptent le consentement mutuel, montre ceux qui y sont opposés, et soutient que dans aucune législation européenne, on ne voit figurer le divorce par consentement d'un seul.

Il est utile de transcrire ici certaines phrases de M. Morlot, qui montrent bien qu'elle était la proposition qu'il désirait voir aboutir :

« Nous n'hésiterons pas à dire très nettement que nous sommes résolument opposé pour le moment à l'introduction dans notre législation du divorce par la volonté d'un seul. Cette innovation nous semble, dans l'état des mœurs, prématurée

et dangereuse. Nous avons indiqué quels furent les scandales auxquels donna lieu son usage dans les législations antérieures. Nous avons vu, d'autre part, qu'aucune législation existante n'a cru à propos de l'établir. Des objections d'un ordre plus spécial s'élèvent d'ailleurs contre l'introduction du divorce par volonté unilatérale dans le corps de nos lois. Le mariage est un contrat synallagmatique. Conclu par deux volontés, il ne peut être résolu, en dehors des cas prévus par la loi, que par l'accord de ces volontés. Il y aurait dans une disposition de la loi permettant à l'un des époux de dénoncer par son seul fait, l'union formée entre eux, une sorte de dol légal. Organisé par le Code pour donner à l'un des contractants le moyen de se dérober aux engagements qu'il a dû prendre librement et en toute connaissance de cause. »

M. Morlot continue ensuite la discussion du divorce par volonté unilatérale, et s'appuyant sur les théories de Marcel Prévost, sur les dires de M. Barthou dans une enquête qui avait été faite quelque temps auparavant, et sur les paroles du député Regnault devant le conseil des Cinq-Cents, il réfute tous les arguments du président Magnaud en faveur du consentement d'un seul.

« Si nous croyons, dit-il, prématurée et dangereuse dans notre législation l'introduction du

divorce par consentement unilatéral, notre opinion est tout autre, en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel. C'est, à notre avis, une réforme utile à la cause de laquelle nous sommes tous acquis.

Le rétablissement du divorce en 1884 fut un incomparable bienfait. La nécessité du divorce a été trop souvent et trop bien exposée pour que nous ayons à en défendre le principe admis aujourd'hui par la quasi-unanimité des esprits vraiment libéraux. Mais si la réforme apportée en 1884 à l'organisation de la famille a été reconnue indispensable, elle a été aussi, et elle est de plus en plus insuffisante. Le temps nous semble venu de lui apporter son complément logique en rétablissant à son tour le divorce par consentement mutuel.

Librement consenti par les deux conjoints, le mariage doit pouvoir être dénoué librement dans une société qui vit sur le grand principe énoncé par la Révolution que la personne humaine est inaliénable. On doit d'autant moins hésiter devant cette solution qu'en fait le divorce par **consentement** mutuel existe déjà chez nous. On tourne la loi par des subterfuges dérisoires que l'opinion, choquée par l'étroitesse du Code civil, a fini par admettre comme un commode palliatif. Ne serait-il pas plus simple et plus digne d'autoriser les tribunaux à prononcer le divorce, lorsqu'ils auraient

établi de façon péremptoire la volonté et la sincérité persistantes des conjoints ?

Le divorce par consentement mutuel aurait encore un avantage considérable ; il éviterait le scandale public qui résulte le plus souvent de l'enquête ordonnée par le tribunal pour apprécier le bien fondé de l'existence du délit, scandale si répété, que l'idée est venue de demander pour les juges la faculté de poursuivre ces débats à huis clos. »

Ensuite M. Morlot nous montre que le divorce, réduit à des causes déterminées, ne peut éviter l'exhibition publique de chagrins, de hontes, de désordres, qu'il vaudrait mieux tenir secrets, dans l'intérêt des convenances et de la morale publique et aussi dans l'intérêt des victimes de ces infortunes et de ces tristesses.

Il regrette que même pour la cause qu'on défend, on soit obligé de faire la preuve des faits que l'on articule, et que ces faits soient mis au jour, non dans le silence du cabinet du juge, mais au plein jour des audiences, et devant un public avide de scandales.

« Ce n'est pas assez, écrivaient P. et V. Margueritte, pour une femme digne de respect, pour un galant homme, d'avoir cruellement souffert, il faut qu'ils souffrent encore de tout ce qu'un procès leur apporte de dégoûts et de douleurs. »

Et alors il s'appuie sur le grand argument suivant : Il est tout naturel, dit-il, dans notre tradition juridique, qu'un contrat synallagmatique soit dénoncé par l'accord de deux contractants.

Enfin dans sa troisième partie, il argumente sur les causes de divorce proposées par le député président Magnaud, et sur lesquelles nous ne voulons pas revenir.

Enfin M. Morlot termine son rapport, par la proposition qui se réduit à inscrire de nouveau dans la loi les articles 233, 279, 280, 281, 282 à 288 du Code civil de 1804, avec quelques modifications de détail.

Nous n'en parlerons pas, ne voulant pas allonger inutilement ce travail, nous réservant de parler un peu plus longuement du rapport de M. Viollette sur le projet de loi Martin, et de discuter avec lui les articles du Code de 1804 et de montrer tout à fait à la fin le texte de la loi proposée à la Chambre des députés, qui était inscrite pour venir à la discussion vers la fin d'avril 1908, et qui ne sera pas encore discutée probablement au moment où paraîtront ces lignes.

SECTION II

§ 1. — *Proposition de loi Martin* *Rapport Viollette*

Il est intéressant d'étudier en détail le rapport fait par M. Maurice Viollette, au nom de la Commission de la réforme judiciaire chargée d'examiner la proposition de loi de M. Louis Martin tendant au rétablissement du divorce par consentement mutuel (1).

Dans la première partie de ce rapport, M. Viollette, fait une rapide analyse de la loi de 1804, transcrit tout au long le discours de Treilhard, dans la séance du 10 ventôse an II, discours qui figure plus haut, et donne la thèse de M. Chauveau que nous reproduisons ici textuellement (2).

« Quant au divorce par consentement mutuel, il n'est nullement ce que son nom donnerait à penser. Le législateur du Code civil n'admettait pas comme celui de 1792, que le consentement des parties doit pouvoir dissoudre le mariage, de

1. Annexe au procès-verbal de la séance du 8 février 1907, n° 749, Chambre des députés, 9^e législature.

2. *Traité théorique et pratique du Droit civil*. Des Personnes, t. III, n° 6.

même qu'il sert à le nouer, conformément à la règle « *quæ consensu contrahuntur, contrario consensu pereunt* ». Sur ce point il doit y avoir une différence entre le mariage et les autres contrats parce que le mariage engendre un état et que l'état des personnes nous apparaît en principe comme étant irrévocable. Dans la pensée du législateur de 1803, le divorce par consentement mutuel n'était qu'une forme du divorce pour cause déterminée. Il avait été introduit pour certains cas exceptionnels où l'époux demandeur en divorce semble se trouver dans l'impossibilité morale de révéler publiquement devant la justice la véritable cause du divorce, soit parce que cette révélation pourrait livrer son conjoint aux sévérités de la justice criminelle, comme s'il s'agit par exemple d'une tentative d'assassinat, soit parce qu'elle pourrait avoir pour conséquence de couvrir de ridicule, de honte, d'opprobre, le demandeur ou sa famille, comme il peut arriver dans certains cas pour l'adultère. »

La thèse de M. Chauveau est donc celle-ci : le divorce par consentement mutuel, est une des modalités du divorce pour causes déterminées, et que la règle *quæ consensu...* ne peut s'appliquer à l'idée du mariage. M. Viollette au nom de la commission, conteste cette thèse prétendant, et cela avec l'aide de Treilhard, du conseiller d'Etat

d'Emmery, rédacteur de l'article 233, et du tribun Gillet, dont il cite un discours presque entier, prétendant que le Code de 1804, n'avait pas la portée restrictive qu'a l'air de soutenir M. Chauveau.

La commission de réforme propose de rétablir l'article 233, non seulement dans son texte, mais dans son esprit, et en entendant bien envisager les dangers de cette résurrection, sans oublier cependant que les causes déterminées de divorce resteront en vigueur.

Avec le Code civil, dit la commission, le divorce par consentement mutuel n'avait donné lieu à aucun abus, et en Belgique où existe toujours notre Code de 1804, la proportion des divorces par ce moyen ne dépasse pas 1 pour 400 : donc ce système est d'une prudence même exagérée ; et dans le rétablissement des conditions qui étaient exigées autrefois, et sur lesquelles nous n'avons pas besoin de revenir ici, les ayant déjà exposées, ils proposent de maintenir :

1^o L'âge minimum de vingt-cinq ans pour le mari et de vingt et un ans pour la femme ;

2^o Que les époux se soient mis d'accord sur l'inventaire et la liquidation de leurs biens, la garde des enfants, la pension et la résidence de la femme pendant la procédure ;

3^o Qu'ils introduisent leur demande devant le président du tribunal, mais sans notaire ;

4° Qu'ils renouvellent cette comparution trois fois au cours du temps d'épreuves ;

5° Que le tribunal en Chambre du conseil admette la procédure et prononcé le divorce ;

6° Qu'il n'y a pas appel.

La commission a atténué les exigences du Code de 1804 ; elle n'exige pas le consentement des père et mère, ou autres ascendants, mais elle exige qu'ils figurent au moins à la première comparution.

La commission propose de rejeter les conditions suivantes :

1° Ne pas avoir plus de vingt-cinq ans de mariage, et la femme plus de quarante-cinq ans ;

2° Qu'avant la décision du tribunal les deux époux comparaissent une dernière fois, chacun avec deux amis notables de quarante-cinq ans au moins ;

3. Que la nue propriété de la moitié des biens soit attribuée de plein droit à leurs enfants (art. 305).

4° Que les époux ne contractent pas de nouveau mariage avant trois ans, du jour du prononcé du jugement.

Et enfin la commission propose d'aggraver les conditions suivantes :

1° Elle ne permet de demander le consentement mutuel qu'après trois ans de mariage ;

2. Elle prolonge le délai d'épreuve d'un an à deux ans.

Il y a lieu de se demander, dit M. Viollette dans son rapport, si vraiment la proposition de la commission offre encore des garanties suffisantes contre des entraînements irréfléchis, des caprices ou des coups de tête. « Il les considère incontestablement comme suffisantes ; il trouve que l'obligation de s'occuper des soucis matériels, en faisant faire l'inventaire et la liquidation des biens, est une garantie suffisante déjà, qu'on ne trouve pas dans le divorce pour causes déterminées, et qui n'ayant lieu qu'après le jugement, ne peut faire réfléchir. La question de la garde des enfants et de la pension alimentaire, qu'on est également obligé d'envisager est aussi très nécessaire, car bien souvent dans les procès en divorce, ce qui intéresse, ce sont ces deux questions, et que souvent, ce sont les seules qui préoccupent les plaideurs.

Il n'y a pas d'ailleurs que ces garanties. Le délai minimum étant de trois ans de mariage, plus les deux années d'épreuve, on a eu le temps de réfléchir, tout autrement, que dans le divorce pour causes déterminées, où l'instance peut être introduite le lendemain même du mariage.

Dans le divorce pour causes déterminées, ce qu'il y a de vraiment pénible, c'est la comparution

devant le président, et la rédaction de l'assignation qui précisera les faits et les moyens de défense. Mais après, les époux ne s'occupent plus de rien, l'avoué et l'avocat font tout ; et de temps en temps, une lettre qu'ils reçoivent leur indique où en est l'affaire, c'est un engrenage que l'on est obligé de suivre et qui se déroule tout naturellement. La commission propose le délai d'épreuve de deux ans ; avec une comparution personnelle devant le président, tous les six mois ; ainsi donc trois fois, ils devront s'arranger ensemble pour prendre date ; trois fois, ils devront subir les exhortations du juge qui les engagera à comparer leur vie présente et leur vie future et à réfléchir encore, et alors il est probable qu'après tous ces délais, ceux qui voudront divorcer, auront des raisons graves pour le faire.

M. Viollette nous explique ensuite que la commission admet concurremment au divorce, la séparation de corps par consentement mutuel. Il est certain qu'avec toutes les garanties qu'on demande au nouveau mode de divorce, il ne sera employé que dans des cas très graves, et bien plus souvent on se servira des causes déterminées.

En effet, avec un avoué diligent en quelques mois, au moyen de la comédie de la sommation de réintégrer, ou de l'adultère organisé, et tout en étant d'accord, contre lequel des deux le jugement

sera rendu, on arrive ainsi à se désunir par un mode qui n'est qu'un consentement mutuel déguisé.

Et M. Viollette termine la première partie de son rapport en citant les phrases que M. Poincaré prononçait en 1900, et qui sont l'opinion aujourd'hui de beaucoup de gens de bonne foi :

« J'accepterais pour ma part sans enthousiasme mais sans effroi, que le divorce par consentement mutuel passât dans notre législation. Il s'est en fait, malgré la loi, glissé dans les usages. Lorsque deux époux sont d'accord pour divorcer, ils n'ont jamais grand'peine à concerter la comédie nécessaire pour masquer leur entente et pour les amener rapidement au résultat désiré. Il serait peut-être plus simple et plus loyal, d'autoriser les tribunaux à prononcer le divorce lorsque seraient suffisamment établies la liberté et la persistance du double consentement. »

Dans la deuxième portée de son rapport, M. Viollette examine chaque article l'un après l'autre et donne l'opinion de la commission sur son rétablissement intégral, sa modification ou son rejet.

Il est utile de donner ici dans leur intégralité tous les articles du Code de 1804, ayant trait au divorce par consentement mutuel, et qui jusqu'ici n'ont fait qu'être analysés.

ART. 233. — Le consentement mutuel et persévérant des époux exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce.

Il est inutile d'argumenter plus longtemps sur cet article qui serait rétabli ; c'est la conclusion même du rapport de M. Viollette :

ART. 307, § 1^{er}. — Elle (la séparation de corps) sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile, néanmoins les articles 236 à 244 lui seront applicables. Elle ne pourra avoir lieu par le consentement mutuel des époux.

La commission propose de supprimer ce dernier membre de phrase et de le remplacer par les termes suivants : « Lorsque les époux qui voudront se séparer de corps, invoqueront les dispositions de l'article 233 du Code civil, il sera procédé conformément aux articles 275 à 286. »

Il est évident que si l'on admet le divorce par consentement mutuel, il n'y a pas de raison pour qu'il n'en soit pas identiquement de même de la séparation de corps.

ART. 275. — Le consentement mutuel des époux ne

sera point admis si le mari a moins de vingt-cinq ans, ou si la femme est mineure de vingt et un ans.

La commission propose de maintenir ce texte purement et simplement. Il est évident que la faculté de divorcer ne peut être laissée à de trop jeunes gens. Souvent on voit partir au service militaire des hommes mariés. Il est certain que cet éloignement pendant deux ans, n'est pas fait pour resserrer les liens du mariage. Et il faut qu'à leur retour un simple malentendu, n'ait pas des conséquences irréparables, très facilement acceptées, puisqu'elles ne comporteraient pas en fait, de rupture matérielle.

ART. 276. — Le consentement mutuel ne sera admis qu'après deux ans de mariage.

La commission propose de changer le temps et demande trois années. Cette aggravation de délai montre bien le désir de donner des garanties et de n'avancer qu'avec prudence. D'autant plus que si l'on veut du divorce on peut toujours au bout de quelques mois et même quelque jours de mariage intenter une action basée sur des faits déterminés.

ART. 277. — Il ne pourra plus l'être après vingt ans de mariage, ni lorsque la femme aura quarante-cinq ans.

Cette article resterait abrogé. En effet il peut y

avoir une raison décisive pour reculer le moment du divorce, c'est l'établissement des enfants. Les parents de fait sont peut-être séparés, et c'est l'intérêt des enfants qui souvent peut les empêcher de faire reconnaître cette situation.

ART. 278. — Dans aucun cas, le consentement mutuel des époux ne suffira, s'il n'est autorisé par leurs pères et mères, ou par leurs autres ascendants vivants suivant les règles prescrites par l'article 150 au titre du mariage.

La commission trouve qu'il est inadmissible de maintenir les enfants sous l'obligation de rester indéfiniment en suspens, par le refus, qui peut ne pas être motivé, de leurs parents, et propose de maintenir l'abrogation de cet article.

ART. 279. — Les époux déterminés à opérer le divorce par consentement mutuel seront tenus de faire préalablement inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles, et de régler leurs droits respectifs sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger.

ART. 280. — Ils seront pareillement tenus de constater par écrit leurs conventions, sur les trois points qui suivent :

1° A qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé ;

2° Dans quelle maison la femme devra se retirer et résider pendant les épreuves ;

3° Quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même temps, si elle n'a pas de revenus suffisants pour fournir à ses besoins.

La Commission propose de faire revivre ces deux articles, il est bien naturel que la loi oblige les époux à régler préalablement le sort de leurs biens et à voir ce que sera pour eux le lendemain ; il est juste aussi de régler les mesures provisoires qui sont en général fixées dans l'ordonnance de non-conciliation. Il n'est pas à craindre que de cette façon la femme, qui pourra sauvegarder ses droits, ne soit sacrifiée par aucun moyen.

ART. 281. — Les époux se présenteront ensemble et en personne devant le Président du Tribunal civil de leur arrondissement ou devant le juge qui en fera les fonctions et lui feront la déclaration de leur volonté, en présence de deux notaires amenés par eux.

Pourquoi deux notaires, dit la commission, ce sont des frais inutiles, c'est là au contraire que l'on fera intervenir les parents qui ne comparaitront que comme conciliateurs, et sans droit de *veto*, et c'est pourquoi elle propose de remplacer « en présence de deux notaires amenés par eux » par « en

présence de leurs pères et mères ou autres ascendants à défaut des pères et mères, ou eux dûment appelés ».

ART. 282. — Le juge fera aux deux époux réunis et à chacun d'eux en particulier, en présence des notaires, telles représentations ou exhortations qu'il croira convenables, il leur donnera lecture du chapitre 4 du présent titre qui règle les effets du divorce et leur développera toutes les conséquences de leur démarche.

Dans cet article comme dans le précédent, la commission propose de supprimer « en présence des notaires » qui ne seraient là que pour donner à ces exhortations un caractère théâtral.

ART. 283. — Si les époux persistent dans leur résolution il leur sera donné acte par le juge de ce qu'ils demandent le divorce et y consentent mutuellement et ils seront tenus de produire et déposer à l'instant entre les mains des notaires, outre les actes mentionnés aux articles 279 et 280 :

1° Les actes de leur naissance et celui de leur mariage ;

2° Les actes de naissances et de décès de tous les enfants nés de leur union ;

3° La déclaration authentique de leurs pères et mères ou autres ascendants vivants, portant que pour les causes à eux connues, ils autorisent tel ou telle, leur fils ou fille,

petit-fils ou petite-fille, marié ou mariée à telle ou à tel, à demander le divorce et à y consentir. Les pères, mères, aïeuls ou aïeules des époux seront présumés vivants jusqu'à la représentation des actes constatant leur décès.

La commission propose de changer dans le premier paragraphe « les mots des notaires » par celui du juge qui déposera les pièces au greffe, ou les fera déposer par le greffier : ce sera d'ailleurs un rôle de juridiction gracieuse, et il suffira d'une simple lettre adressée au président, pour que les parties soient convoquées devant lui. Le troisième sera modifié ainsi qu'il suit :

« Lorsqu'ils n'auront pas comparu en personne, l'original des sommations adressées aux pères et mères ou ascendants d'assister à la comparution ou leur acte du décès ou tout acte en tenant lieu. »

1286

ART. 284. — Les notaires dresseront procès-verbal détaillé de tout ce qui aura été dit et fait en exécution des articles précédents ; la minute en restera au plus âgé des deux notaires, ainsi que les pièces produites, qui demeureront annexées au procès-verbal dans lequel il sera fait mention de l'avertissement qui sera donné à la femme de se retirer dans les vingt-quatre heures, dans la maison convenue entre elle et son mari et d'y résider jusqu'au divorce prononcé.

La commission propose de modifier absolument cet article et de considérer ce procès-verbal comme presque analogue à l'ordonnance de non conciliation. Il sera dressé, dit le nouveau texte, procès-verbal de tout ce qui aura été fait et dit en exécution des articles précédents. Les pièces produites demeureront annexées au procès-verbal qui devra les énumérer.

ART. 285. — La déclaration ainsi faite serait renouvelée dans la première quinzaine de chacun des quatrième, septième et dixième mois qui suivront, en observant les mêmes formalités. Les parties seront obligées à rapporter chaque fois par acte public, que leurs pères et mères ou autres ascendants vivants persistent dans leur première détermination, mais elles ne seront tenues à répéter la production d'aucun autre acte.

Il est décidé par la commission que ces trois comparutions ne doivent pas comporter plus de procédure que la première, et se produiront par simple convocation du président, après demande de jour à lui faite.

Si, au cours d'une comparution, une des parties manifeste sa volonté de ne plus divorcer, procès-verbal en sera dressé, signé par elle, et ce en présence de l'autre époux pour que l'on ne puisse craindre une pression quelconque et c'est pour cela que l'article 285 serait modifié comme il suit :

La déclaration ainsi faite sera renouvelée trois fois avec le délai minimum de six mois entre chaque comparution. Les parties ne seront pas tenues à répéter la production des pièces déjà versées. Procès-verbal sera dressé à chacune de ces comparutions. Si au cours d'une des comparutions, l'un des époux affirme sa volonté de renoncer au divorce, il devra être requis de signer aussitôt une déclaration en ce sens en présence de l'autre époux qui sera invité à signer.

ART. 286. — Dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année à compter de la première déclaration, les époux assistés chacun de deux amis, personnes notables dans l'arrondissement âgés de cinquante ans au moins, se présenteront ensemble et en personne, devant le président du tribunal ou le juge qui en fera les fonctions ; ils lui remettront les expéditions, en bonne forme des quatre procès-verbaux contenant leur consentement mutuel et de tous les actes qui y auront été annexés, et réqueront du magistrat chacun séparément, en présence néanmoins l'un de l'autre et des quatre notables, l'admission du divorce.

La commission a porté le délai d'épreuve à deux ans, et réduit la procédure au minimum, et à ce moment elle introduit le ministère d'avoués, nécessaire puisqu'il s'agit de l'obtention d'un jugement.

A l'expiration de la seconde année révolue, à compter de la première déclaration ; chaque époux ayant constitué avoué présentera requête au président du tribunal. La requête devra viser les procès-verbaux prévus aux articles 284 et 285 ainsi que les pièces y annexées. L'assignation sera délivrée à trois jours francs devant le tribunal. L'affaire sera instruite et jugée en Chambre du conseil.

ART. 287. — Après que le juge et les assistants auront fait leurs observations aux époux, s'ils persévèrent il leur sera donné acte de leur réquisition et de la remise faite par des pièces à l'appui. Le greffier du tribunal dressera procès-verbal qui sera signé tant par les parties (à moins qu'elles ne déclarent ne savoir ou ne pouvoir signer auquel cas il en sera fait mention), que par les quatre assistants, le juge et le greffier.

ART. 288. — Le juge mettra au bas de ce procès-verbal, son ordonnance, portant que dans les trois jours il sera par lui référé du tout au tribunal, en la Chambre du conseil, sur les conclusions par écrit du procureur impérial auquel les pièces seront à cet effet communiquées par le greffier.

La commission propose d'abroger ces deux articles et voici pourquoi : La procédure, ayant été fort simplifiée se trouve contenue en entier dans l'article 286, et point n'est besoin de ces deux-là,

qui même modifiés feraient double emploi avec lui.

ART. 289. — Si le ministre public trouve dans les pièces la preuve que les deux époux étaient âgés, le mari de vingt-cinq ans, la femme de vingt et un ans, lorsqu'ils ont fait leur première déclaration ; qu'à cette époque, ils étaient mariés depuis deux ans, que le mariage ne remontait pas à plus de vingt, que la femme avait moins de quarante-cinq ans, que le consentement mutuel, a été exprimé quatre fois dans l'année, après les préalables ci-dessus prescrits et avec toutes les formalités requises par le présent chapitre, notamment avec l'autorisation des pères et mères des époux, ou avec celle de leurs autres ascendants vivants en cas de décès des pères et mères il donnera ses conclusions en ces termes : la loi permet ; dans le cas contraire, ses conclusions seront en ces termes : la loi empêche.

Point n'est besoin de cet article, si les formalités sont remplies, le divorce doit être prononcé, et si elles ne le sont pas, il est évident que le devoir du ministère public est de s'y opposer, il n'est pas nécessaire d'un texte de loi pour cela.

ART. 290. — Le tribunal sur le référé, ne pourra faire d'autres vérifications que celles indiquées par l'article précédent. S'il en résulte que dans l'opinion du tribunal les parties ont satisfait aux conditions, et rempli les formalités déterminées par la loi, il admettra le divorce et

renverra les parties devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer ; dans le cas contraire, le tribunal déclarera qu'il n'y a pas lieu à admettre le divorce et déduira les motifs de sa décision.

La commission a proposé de modifier cet article ainsi qu'il suit : « Le tribunal, après avoir constaté la régularité de la procédure et la volonté mutuelle et persévérante des époux, prononcera le divorce conformément aux dispositions du présent chapitre.

« Le jugement donnera acte aux époux de leurs accords sur la garde des enfants et sur la pension alimentaire. Il sera fait masse des dépens ».

En effet, actuellement, il n'y a plus dans notre Code aucune disposition qui permet à l'officier de l'état civil de prononcer le divorce : il est donc naturel de suivre les principes généraux. La procédure consistera en une constitution d'avoué, une requête et une assignation, et enfin le jugement. Pas de conclusion, pas de signification, le délai d'appel partira du jour du jugement. En ce qui concerne les modifications qui seraient faites par la suite sur la pension et la garde des enfants, elles seraient jugées conformément au droit commun :

ART. 291. — L'appel du jugement qui aurait déclaré ne pas y avoir lieu à admettre le divorce ne sera recevable

qu'autant qu'il aura été interjeté par les deux parties et néanmoins par actes séparés, dans les dix jours au plus tôt, et au plus tard, dans les vingt jours de la date du jugement de première instance.

La commission propose de faire revivre cet article en entier et de lui ajouter les deux paragraphes suivants :

« La Cour statuera également en Chambre du conseil :

« L'appel du jugement qui aurait admis le divorce pourra, dans le même délai, être formé par l'une ou l'autre des parties ».

En cas de rejet, évidemment, il faut que le consentement mutuel continue jusqu'au bout, donc les deux parties doivent faire appel, en cas d'admission, il suffit d'une qui revienne sur le consentement qu'elle a donné, et alors à ce moment-là, il n'y a plus de divorce possible puisque l'accord indispensable est rompu.

ART. 292. — Les actes d'appel seront réciproquement signifiés tant à l'autre époux, qu'au ministère public près le tribunal de première instance.

ART. 293. — Dans les dix jours à compter de la signification qui lui aura été faite du second acte d'appel, le ministère public près le tribunal de première instance fera passer au procureur général près la Cour impériale, l'expédition du jugement, et les pièces sur lesquelles il est

intervenu. Le procureur général près la Cour impériale donnera ses conclusions par écrit, dans les dix jours qui suivront la réception des pièces ; le président ou le juge qui le suppléera fera son rapport à la Cour impériale en la Chambre du conseil et il sera statué définitivement dans les dix jours qui suivront la remise des conclusions du procureur général.

La commission a jugé inutile ces deux articles et propose de ne pas les rétablir. Comme il est dit à l'article 291, il sera statué en Chambre du conseil.

ART. 294. — En vertu de l'arrêt qui admettra le divorce et dans les vingt jours de sa date les parties se présenteront ensemble et en personne devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce. Ce délai passé, le jugement demeurera comme non avenu.

Il est évident que cet article est inutile, et il ne serait pas rétabli. Le Code établit un délai de deux mois pour faire transcrire, pourquoi le modifier, inutile donc d'encombrer notre Code de mesures exceptionnelles.

ART. 305. — Dans le cas de divorce par consentement mutuel, la propriété de la moitié des biens de chacun des époux sera acquise de plein droit, du jour de leur première déclaration aux enfants nés de leur mariage ; les pères et

mères conserveront néanmoins la jouissance de cette moitié jusqu'à la majorité de leurs enfants, à la charge de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation conformément à leur fortune et à leur état ; le tout sans préjudice des avantages qui pourraient avoir été assurés auxdits enfants par les conventions matrimoniales de leurs père et mère.

M. Violette envisage cet article comme absolument mauvais.

« Les enfants, dit-il, ont avant tout un rôle conciliateur ; avec l'article 305, on va les inciter à découvrir entre leur père et leur mère des causes de conflits, à les susciter, à les aggraver, à les rendre irrémédiables... Plutôt pas de divorce par consentement mutuel que la résurrection de l'article 305. »

ART. 297. — Dans le cas de divorce par consentement mutuel, aucun des époux ne pourra contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce.

Avec cet article, comme le disait Treilhard, se trouvait écartée la perspective d'une union avec l'objet de quelque passion nouvelle. Cette idée avait inspiré l'article 298 : il a été aboli, pourquoi faire revivre l'article 297 ; « non, au lendemain de leur divorce les époux, comme le dit M. Violette, ne pourront penser qu'à se prévaloir des dispositions

du droit commun, mais ils pourront se prévaloir de toutes ».

Il est certain que dans cet exposé du rapport de la commission de la réforme judiciaire présenté par M. Viollette, les idées qu'il émet, et les modifications qu'il propose, ne sont pas, sur certains points de détail, absolument celles que nous avons proposées dans un précédent chapitre. Mais c'est une proposition de loi, qui probablement sera votée par la Chambre des députés, sans aucune modification et c'est pourquoi nous l'avons analysée complètement et en détail, et c'est pourquoi en terminant nous rapportons dans son intégralité le texte de la loi proposé par la commission.

§ 2. — *Texte de la Proposition de loi*

ARTICLE PREMIER

Les articles 233 et 307 du Code civil sont modifiés ainsi qu'il suit :

ART. 233. — Le consentement mutuel et persévérant des époux exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est insupportable et qu'il existe par rapport à eux une cause péremptoire de divorce.

ART. 307. — Elle sera intentée, instruite et jugée de la

même manière que toute action civile, néanmoins les articles 234 à 244 lui seront applicables.

Lorsque les époux qui voudront se séparer de corps invoqueront les dispositions de l'article 233 du Code civil, il sera procédé conformément aux articles 275 à 286 (la suite comme dans le Code).

ARTICLE 2

L'intitulé du chapitre III, du titre VI du livre I du Code civil. « Du divorce par consentement mutuel » est rétabli.

Les articles 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285 et 286, du Code civil sont rédigés ainsi qu'il suit :

ART. 275. — Le consentement mutuel des époux ne sera point admis, si le mari a moins de vingt-cinq ans, ou si la femme est mineure de vingt et un ans.

ART. 276. — Le consentement annuel ne sera admis qu'après trois ans de mariage.

ART. 277. — Les époux déterminés à opérer le divorce par consentement mutuel seront tenus de faire préalablement inventaire et estimation de tous leurs biens, meubles et immeubles et de régler leurs droits respectifs sur lesquels il leur sera néanmoins libre de transiger.

ART. 278. — Ils seront pareillement tenus de constater par écrit leurs conventions sur les trois points qui suivent :

1° A qui les enfants nés de leur union seront confiés soit

pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé ;

2° Dans quelle maison la femme devra se retirer et résider pendant le temps des épreuves.

3° Quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même temps, si elle n'a pas de revenus suffisants pour fournir à ses besoins.

ART. 279. — Les époux se présenteront ensemble et en personne devant le président du tribunal civil de leur arrondissement sur simple convocation de ce dernier ou devant le juge qui en fera les fonctions, et lui feront la déclaration de leur volonté, en présence de leurs pères et mères, ou à défaut des pères et mères, des autres ascendants, ou eux dûment appelés.

ART. 280. — Le juge fera telles représentations ou exhortations qu'il croira convenables. Il donnera aux époux lecture du chapitre IV du présent titre qui règle les effets du divorce et leur développera toutes les conséquences de leur démarche.

ART. 281. — Si les époux persistent dans leur résolution, il leur sera donné acte de ce qu'ils demandent le divorce, et y consentent mutuellement et ils seront tenus de produire et de déposer à l'instant entre les mains du juge, outre les actes mentionnés aux articles 277 et 278 :

1° Les actes de leur naissance et celui de leur mariage ;
2° Les actes de naissance et de décès de tous les enfants nés de leur union ;

3° Lorsque ceux-ci n'auront pas comparu en personne,

l'original des sommations adressées aux pères et mères et autres ascendants d'assister à la comparution, ou leur acte de décès ou tout autre acte en tenant lieu.

ART. 282. — Il sera dressé procès-verbal de tout ce qui aura été fait et dit en exécution des articles précédents. Les pièces produites demeureront annexées au procès-verbal qui devra les énumérer.

ART. 283. — La déclaration ainsi faite sera renouvelée trois fois avec délai minimum de six mois entre chaque comparution. Les parties ne seront pas tenues à répéter la production des pièces déjà versées.

Procès-verbal sera dressé à chacune de ces comparutions. Si, au cours d'une de ces comparutions, l'un des époux affirme sa volonté de renoncer au divorce, il devra être requis de signer aussitôt une déclaration en ce sens en présence de l'autre époux qui sera aussi invité à signer.

ART. 284. — A l'expiration de la seconde année révolue, à compter de la première déclaration, chaque époux ayant constitué avoué présentera requête au président du tribunal. La requête devra viser les quatre procès-verbaux prévus aux articles 282 et 283, ainsi que les pièces y annexées. L'assignation sera délivrée à trois jours francs devant le tribunal. L'affaire sera instruite en Chambre du conseil.

ART. 285. — Le tribunal, après avoir constaté la régularité de la procédure et la volonté mutuelle et persévérante des époux, prononcera le divorce conformément aux dispositions du présent chapitre.

Le jugement donnera acte aux époux de leurs accords sur la garde des enfants et sur la pension alimentaire.

Il sera fait masse des dépens.

ART. 286. — L'appel du jugement qui aurait déclaré ne pas y avoir lieu à admettre le divorce ne sera recevable qu'autant qu'il aura été interjeté par les deux parties, et néanmoins par actes séparés dans les vingt jours du prononcé du jugement.

L'appel du jugement qui aurait admis le divorce, pourra dans le même délai être formé par l'une ou par l'autre des parties.

La Cour statuera dans les trois mois de l'appel également en Chambre du conseil. »

APPENDICE

APERÇU DE LÉGISLATION COMPARÉE

Presque toutes les législations ont cherché, dans l'intervention nécessaire des tribunaux, la garantie contre les abus possibles du divorce : chaque époux doit soumettre au tribunal, le sujet des mésintelligences conjugales, et prouver qu'il rentre dans la catégorie des causes prévues par la loi. Et cependant, dans certains pays, il y a des exceptions et c'est dans cette catégorie que se trouve le divorce par consentement mutuel qui échappe à la surveillance législative au profit des époux.

Il n'est pas sans intérêt, pour compléter le sujet que nous avons traité de donner quelques aperçus sur les pays qui admettent ce mode de divorce.

Tout d'abord il est bon de remarquer qu'aux Etats-Unis, où existent les causes ordinaires de divorce, telles que l'adultère, la réclusion perpétuelle, les condamnations (1), etc., il en est admis

1. *Blue Book*, p. 157, n° 1.

bien d'autres qui sont de l'essence même du mariage. Il suffit en effet pour se marier de vouloir être époux, et puisque tous les moyens sont admis pour faire ce mariage, tous les moyens sont également admis pour le défaire ; et alors quoi de plus simple que de divorcer d'un commun accord et de contracter un nouveau mariage : en pratique c'est ce qui se passe, le mariage est rompu avec la même facilité qu'il est accompli. C'est évidemment, et nous le dirons sans crainte d'être contredit, une union libre organisée.

Nous ne parlerons pas des pays, où il est interdit tels que l'Angleterre, la Russie, les Pays-Bas, la Serbie et le Monténégro, la Grèce. En Italie cependant où il n'existe pas encore, il y a un projet de loi qui tend à l'établir avec le consentement mutuel, d'ailleurs la séparation de corps est admise par ce moyen.

Dans le Grand Duché de Luxembourg (1) et en Belgique (2), le divorce par consentement mutuel existe tel qu'il était établi au titre VI du Code de 1804. Cette cause s'y trouve avec toutes les restrictions contenues dans notre Code, et il ne donne certainement lieu à aucun abus, puisque la moyenne des divorces prononcés de cette manière est de 1 pour 400.

1. *Blue Book*, p. 90.

2. Art. 233 du Code civil.

En Suisse, depuis la loi du 24 décembre 1874, le divorce par consentement mutuel existe, il est nécessaire de voir les articles qui s'y rapportent.

ART. 45. — Si les deux époux demandent le divorce, le tribunal doit l'accorder s'il résulte des circonstances de la cause que la vie commune est incompatible avec l'état du mariage.

L'article 47 va plus loin, et donne aux tribunaux, le pouvoir de prononcer le divorce, toutes les fois, qu'il résulte des circonstances, que le lien conjugal est profondément atteint.

Au Danemarck, d'après le Code de Christian V de 1684, Code qui sur ce point est toujours en vigueur, le consentement mutuel est admis également, mais il faut qu'il soit précédé d'une séparation de fait d'au moins trois années.

Roumanie. — La législation roumaine (1) est basée sur leur Code de 1894, elles'inspire en grande partie du droit romain. Le divorce a lieu pour les causes ordinaires : adultère, sévices, injures graves, attentat de l'un des époux à la vie de l'autre, condamnation à la réclusion ou aux travaux forcés, et par le consentement mutuel. Il est intéressant de voir que la Roumanie, en ce qui concerne cette dernière cause, s'inspire de notre Code

1. *Blue Book*, p. 127.

de 1804. En effet comme dans notre législation d'il y a un siècle, pour que ce mode de divorce puisse avoir lieu, le mari doit avoir plus de vingt-cinq ans, et la femme plus de vingt et un ans, le mariage doit avoir une durée de plus de deux années, et enfin il est nécessaire que la demande soit accompagnée du consentement des parents.

Autriche-Hongrie. — Le Code autrichien (1) admet le divorce par consentement mutuel pour les Juifs, après une tentative de conciliation devant le grand rabbin et le tribunal compétent, et permet en plus des causes ordinaires, de divorcer quand il existe une cause d'aversion profonde et presque insurmontable, et cela après plusieurs séparations de corps préalables. D'ailleurs les catholiques ont la séparation de corps par consentement mutuel, et toutes les autres croyances bénéficient du divorce par ce moyen. Quand la religion des époux est différente, si l'un des époux est catholique, pour lui, il n'est possible que la séparation de corps par consentement mutuel, pour l'autre, c'est le régime ordinaire qui est applicable.

En Hongrie, la loi de 1895, admet de nombreux cas de divorce, et sans donner comme cause le consentement mutuel proprement dit, il en existe

1. Lyon-Caen. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1882, p. 73.

tellement : adultère, crimes contre nature, bigamie, abandon du conjoint avec six mois d'absence, et sans réintégrer le domicile conjugal après un délai fixé par sentence judiciaire, attentat à la vie, diffamation, manquement au devoir conjugal, mauvaise conduite incorrigible, etc..., qu'il était inutile d'y faire entrer celle dont nous parlons aujourd'hui, car avec un peu d'entente entre les deux époux elle existe réellement en fait.

Suède et Norvège. — La Suède va d'un extrême à l'autre : après avoir admis en dehors des causes nombreuses telles que l'impuissance, l'abandon malicieux, l'adultère etc., le consentement mutuel, elle autorise l'incompatibilité d'humeur, et elle considère le mariage comme un contrat ordinaire. Les époux peuvent se séparer à leur gré. Le Code suédois de 1734 considère le droit de marier une fille, comme un droit d'aliéner un bien quelconque, et leur législation rappellerait en quelque sorte le mariage *cum manu* des premiers temps de l'époque romaine. Il est certain, et ce sera certainement l'avis de tous les gens sensés, que le Code suédois va trop loin, et que l'exagération est manifeste dans un sens qui n'est pas meilleur qu'une trop grande restriction.

La législation norvégienne est très intéressante en ce qui concerne notre sujet, et il paraît utile de l'examiner.

Les causes y sont à peu près les mêmes qu'en Suède, cependant et elle abandonne en ce sens l'excès du pays limitrophe, le divorce par consentement mutuel doit être précédé d'une séparation de trois années, une réduction à deux années seulement semblerait suffisante à notre avis, car enfin les époux, même encore, jeunes ne sont plus des enfants et auraient, dans cet intervalle, le temps de se décider avec toute la réflexion possible et nécessaire dans un cas aussi grave que la rupture d'une union.

Il est bon de rappeler les deux articles essentiels sur ce point de la législation norvégienne.

ART. 67. — Les époux qui divorcent par consentement mutuel, sont tenus de demander d'abord aux autorités civiles la permission de demeurer séparés de corps pendant trois ans. Cette permission n'est accordée qu'après des exhortations et des représentations faites aux époux par le curé de leur paroisse et par les autorités civiles. Les époux sont tenus de convenir de tout ce qui a trait à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants communs.

ART. 68. — Si après l'expiration de trois années pendant lesquelles ils persistent dans leur détermination du divorce, la dissolution définitive du mariage leur sera accordée par le roi, après une déclaration nouvelle. Chaque époux ainsi divorcée a besoin d'une permission spéciale pour se marier.

Il est bien certain que l'article 68 contient que des formalités, nécessaires sans aucun doute, mais qui sont toujours accordées, et qui ne peuvent qu'apporter des retards voulus, à une nouvelle union trop hâtivement désirée.

La femme dans cette législation y est traitée d'une façon inégale que nous répugnerions à admettre en France, où l'on tend de plus en plus avec les questions féministes, à la considérer comme l'égale de l'homme : elle ne peut obtenir le divorce sans une permission expresse du mari.

Autres pays. — Le divorce par consentement mutuel existe encore dans beaucoup d'autres pays.

Le Japon, par son Code de 1898 admet le divorce par consentement mutuel et pour causes déterminées. Au Guatemala et dans la République dominicaine la séparation de corps et le divorce sont admis par ces moyens :

En Ecosse (1), en Pologne (2), au Mexique (3), et au Brésil la séparation de corps est admise par ce moyen.

A Haïti le divorce existe tel qu'il est pratiqué dans notre Code civil. Dans les pays musulmans

1. Valleroux. *Bulletin Soc. lég. comp.* 1882, p. 152.

2. Barkowski. *Clunet*, 1898, p. 95.

3. Léon de Montluc. *Revue de Droit international*, 1872, p. 309.

la répudiation existe, par le mari seul. Dans l'Inde on trouve également la répudiation par le mari ; et enfin en Chine le divorce existe par consentement mutuel.

CONCLUSION

Après l'exposé impartial que nous avons donné de la législation de l'antiquité, en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel, après l'examen approfondi de la loi de 1792, du Code de 1804 et des théories actuelles, et enfin après l'analyse que nous avons faite des propositions de lois nouvelles, la discussion nous paraît terminée.

Nous avons donné notre avis sur les moyens possibles de rétablir le divorce par consentement mutuel, nous avons vu quelles garanties il donnerait, en l'entourant de difficultés et de formalités propres à empêcher qu'il soit prononcé à la légère.

Et enfin nous avons terminé par le texte de la proposition de loi nouvelle, destinée au vote de la Chambre des députés, et par un court aperçu sur les législations étrangères qui admettent le consentement mutuel.

Il n'est pas douteux, à notre avis, qu'il serait nécessaire d'introduire dans nos lois le divorce par consentement mutuel, non pas pour donner

plus d'extension aux causes de rupture entre les époux, et augmenter le nombre des divorces, mais au contraire pour éviter d'étaler au grand jour les causes scandaleuses, la honte de deux familles et le déshonneur des enfants.

Il nous paraît certain que ce nouveau mode de divorce sera inscrit d'ici peu dans nos lois, et s'il est voté avec toute la modération et tout le soin qu'il faut apporter à des lois nouvelles intéressant la famille, il pourra être d'une grande utilité.

Il sera nécessaire, considéré comme palliatif destiné à supprimer ou à empêcher dans toute la mesure possible les procès bien souvent tristes et toujours démoralisants des hontes et des scandales étalés au grand jour des audiences, qui ne font que susciter et animer des haines nouvelles dans l'esprit des époux que leur rôle portait à s'unir pour la lutte commune, et que leur mésintelligence a portés à s'armer l'un contre l'autre pour le plus grand malheur de leurs enfants et de leurs familles futures.

Vu : Le Doyen,
LYON-CAEN

Vu :
Le président de la thèse,
PIEDELIEVRE

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur
L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
BIBLIOGRAPHIE.....	7
INTRODUCTION.....	9
CHAPITRE I. — Le divorce par consentement mutuel en droit romain et dans les Sociétés pri- mitives.....	14
<i>Section I.</i> — Le Divorce en droit romain.....	14
§ 1. — Avant la loi des XII Tables.....	15
§ 2. — Depuis la loi des XII Tables à Auguste.	18
§ 3. — D'Auguste à Constantin.....	22
§ 4. — De Constantin à Justinien.....	26
<i>Section II.</i> — Le divorce chez les Germains...	28
<i>Section III.</i> — Textes chrétiens.....	31
CHAPITRE II. — Loi du 20 septembre 1792. Période intermédiaire. Code de 1804.....	34
§ 1. — La loi du 20 septembre 1792.....	34
§ 2. — Législation sur le divorce dans la période intermédiaire.....	37
Première partie : Période extensive.....	38
Deuxième partie : Période restrictive.....	43
§ 3. — Le Code de 1804.....	45

CHAPITRE III. — La question du divorce par con-	
sentement mutuel à l'heure actuelle.....	53
CHAPITRE IV. — Les deux théories en présence.....	76
§ 1. — Pour le consentement mutuel.....	76
1 ^o La loi de 1792.....	76
2 ^o Systèmes de Margueritte et de H. Coulon.	78
3 ^o Le Code de 1804.....	80
4 ^o Opinions diverses.....	94
§ 2. — Contre le consentement mutuel.....	99
CHAPITRE V. — Les diverses propositions de loi...	109
<i>Section I.</i> — Proposition de loi Morlot.....	109
<i>Section II.</i>	115
§ 1. — Proposition de loi Martin. Rapport	
Violette.....	115
§ 2. — Texte de la proposition de loi.....	136
APPENICE. — Aperçu sur les législations étrangè-	
res	141
CONCLUSION.....	149

